المدخل لدراسة العلوم القانونية

الكتاب الثاني

[نظرية الحق]

دكتـــــور

مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي

أستاذ القانون المدني المساعـــد

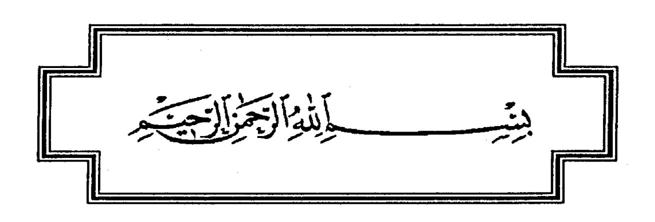
كلية حقوق بنى سويف ـ جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

٢٠٠٢

الناشـــــر

دار الثقافة العربيـــة - بنى سويف



" ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب . "

[أية (٨) سورة آل عمران]

" قل اللهم مالك الملك تؤتي الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء وتُعز من تشاء وتُذل من تشاء بيدك الخير إنك على كل شيء قدير . "

[أية (٢٦) سورة آل عمران]

صدق الله العظيم

مقدمة عامة

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان للعيش والتعايش مع الآخرين من بني جنسه حيث يقول جل شأنه :

" يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ....(١).

وقد هيأ المولى عز وجل الإنسان لهذا التعايش، فجعله اجتماعيا بطبعه يميل إلى مخالطة الآخرين يأنس لهم ويأنسون له ، وبالتالي فإن الفرد المنعزل الذي يعيش بمفرده لم ولن يكن له وجود مطلقاً في هذه الحياة وإنما هو فرض نظري بحت يسوقه شراح القانون للتدليل على أهمية القانون للجماعة .

ولما كانت الطبيعة الإنسانية تميل إلى الخير تارة وإلى الشر تارة أخرى، وهذا ناشئ عن حب الإنسان للمال ورغبته في الإستحواذ على أكبر قدر منه، من هنا فإن ثمة صراعاً قد نشأ كنتيجة حتمية لتشابك علاقات الأفراد داخل المجتمع وتعارض مصالحهم مع بعضهم البعض، ولحل هذا الصراع بين الأفراد وذاك

---

(١) سورة الحجرات – آية رقم (١٣).

التعارض بين المصالح، لجـأت المجتمعات القديمـة إلى القوة في البداية، فكانت الغلبة للقوى ، وحينئذ لعبت القوة دورا بـارزا فـي حسم الصراع بين الأفراد سواء على المستوى الفـردي أو علـى المستوى الجماعي والذي اتخذ شكل العشيرة ثم القبيلة ومـن هنـا سادت نظرية " القوة تنشئ الحق وتحميه [١]".

غير أن تطور الفكر الإنساني أدى إلـى تـهذيب سـلوك الأفراد، خاصة مع الوصول لمرحلة التقاليد الدينية إذ نشأ الـوازع الديني وترعرع في نفوس الناس، وحيث أن الديانة أيا كان شـكلها تحرم الظلم وتنبذ العدوان فإن المجتمع بدأ في إيجاد صورا بديلـة لحل الصراع بين أفراده بدلا من القوة، ومع ظهور فكـرة الدولـة على إثر فكرة القبيلة وبعد أن ظهرت الحاجة إلى اجتماع القبـائل واتحادها " **إذ في الاتحاد قوة وفي التفرق ضعف** " بدت الحاجـة ماسة لنبذ فكرة الانتقام الفردي وبسط سيطرة الدولة عـن طريـق وضع قواعد قانونية تصون حقوق كل فرد في مواجهة الآخريـن وتضمن في نفس الوقت عدم تعدي أى شخص على حق لشـخص

(١) لمزيد من التفصيل حول ظاهرة القوة تنشـئ الحـق وتحميـه وأثرهـا فـي الشرائع القديمة والحديثة راجـع : أسـتاذنا الدكتـور / صوفـي حسـن أبـو طالب: تاريخ النظم القانونية والإجتماعية – دار النهضـة العربيـة – القـاهرة ١٩٩٢ ــ ص ٤٨ : ٥٢.

آخر[١].

ومما سبق نستطيع القول أن القانون ضرورة اجتماعية يفرضها تشابك علاقات الأفراد داخل المجتمع وتعارض مصالح الأفراد فيما بينهم، فالقانون كائن اجتماعي لا يحيا ولا يستمر إلا في جماعة ليضع لها قواعد تبين حقوق وواجبات كل فرد من أفرادها تجاه الآخرين، ومن سمات القانون الجيد مسايرة التطورات التي تحدث في المجتمع سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، فالقانون مرآة المجتمع .

وموضوع دراستنا في هذا المؤلف يتمثل في إعطاء فكرة عامة عن نظرية الحق، وقبل أن نحدد ملامح خطتنا لدراسة هذه النظرية نود أن نوضح نقطتين هامتين وذلك على النحو الآتي :

أولا : صلة القانون بالحق :

ثمة صلة وثقى بين الحق والقانون، فإذا كان جوهر الحق مكنة أو منفعة لشخص معين، فإن الذي يخول هذه المكنة أو تلك المنفعة لهذا الشخص هو القانون بما يشمله من قواعد عامة مجردة

---

(١) لبيان كيفية وأصل نشأة الدولة والنظريات التي قال بها الشراح والفلاسفة في هذا الصدد راجع : د/ محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية ــ دار النهضة العربية ــ القاهرة - ١٩٩١، ص ٥٢ وما بعدها .

تقترن بجزاء توقعه السلطة المختصة في الدولة عند الاقتضاء .

فالحق إذن مصدره القانون[١]، وهذا الأخير هو الذي يبين كيف ينشأ الحق وما هي حدوده وضوابطه وغير ذلك من المسائل، فلولاه ماكان للحق معنى، إذ القانون هو الذي يفرض على باقي الأفراد احترام الحق، فلا حق بغير قانون يحميه ويعترف به ويكون مصدره في نفس الوقت .

وبرغم هذه الصلة الوطيدة بين الحق والقانون، إلا أن أنصار المذهب الفردي يعارضون ذلك، وينكرون فكرة تولد الحقوق عن القانون، حيث يؤمنون بأن الإنسان قد ولد حرا، وقد وهبته الطبيعة منذ ولادته حقوقا وحريات لصيقة بشخصه كإنسان ولا تنفك عنه أبدا، فهذه الحقوق ثابتة للإنسان حتى قبل نشأة القانون ذاته، ووجود الفرد في الجماعة لا يؤثر ولا ينال من هذه الحقوق بل إن هذا الوجود ــ على العكس ــ يدعمها ويقويها ويحافظ عليها، فالفرد قد اكتسب هذه الحقوق قبل دخوله في الجماعة، فهذه الأخيرة ليست مانحة لهذه الحقوق ولم يكن لها فضل في ذلك، ووظيفة القانون طبقا لهذا المذهب ليست إنشاء الحقوق بل المحافظة

---

(١) انظر في ذلك : د/ على حسين نجيدة : المدخل لدراسة القانون ــ نظرية الحق ــ دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ ١٩٩٠ ــ ١٩٩١، ص ٤ وما بعدها.

عليها وحمايتها وإتاحة الفرصة للأفراد للاستمتاع بها إلى أقصى درجة[١].

غير أن هذا التقديس لحقوق الأفراد وحرياتهم طبقا للمذهب الفردي الحر، كان مثارا للنقد من جانب أنصار المذهب الاجتماعي إذ يرى أنصار هذا المذهب الأخير أن الفرد لا حقوق له مطلقا قبل دخوله في الجماعة، فيستبعدون بذلك فكرة الحقوق الفردية السابقة على الجماعة ويعزون حقوق الفرد إلى الجماعة حيث تمنح الأخيرة الحقوق للأفراد عن طريق القانون، وتقيد هذه الحقوق وتضبطها وتضع لها الأطر التي يجب أن تمارس طبقا لها، فالجماعة إذن تقيم العدل والمساواة بين الأفراد عن طريق القانون .

والحقيقة أن القانون هو الذي ينشئ الحق ويحدد نطاقه وكيفية استعماله والطرق التي ينقضي بها، إلا أن هذه الحقيقة يجب ألا يفهم منها أن المشرع الوضعي هو الذي يتحكم في منح الحقوق أو منعها، ذلك لأنه مقيد في هذا بحقائق الحياة الاجتماعية ومبادئ

(١) انظر في ذلك : د/ على حسين نجيدة : المدخل لدراسة القانون ـ نظرية الحق دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ ١٩٩٠ ـ ١٩٩١، ص ٤ وما بعدها. والمراجع التي أشار إليها بهوامش ص ٤ ، ص ٥.

العدل المثالية[١].

فهناك من الحقوق ما يسمو على القانون الوضعي ونقصد بذلك حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بذات الإنسان باعتباره إنسانا مثل حق الإنسان في سلامة جسمه[٢]، فهذه الحقوق نظرا لأهميتها للإنسان يجب أن تعلو على قواعد القانون الوضعي، ويحظر على المشرع المساس بها بل يجب عليه احترامها وصيانتها[٣].

ونكتفي بهذا بخصوص النقطة الأولى حيث بينا صلة الحق بالقانون، وننتقل للنقطة الثانية والخاصة ببيان صلة الحق بالواجب كما يلي :

---

(١) د/ حسن كيرة : المدخل إلى القانون ــ منشأة المعارف بالإسكندرية ــ الطبعة الخامسة ــ بند ٢٢١ ــ ص ٤٢١ وأيضا د/ عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ــ دار النهضة العربية ــ القاهرة ــ ١٩٦٦ ــ ص ٤٣٢ : حيث يقول في هذا الصدد أنه : " **ليس معنى هذا أن القانون الوضعي يتحكم في فرض الحقوق ومنحها، فقواعده ترتكز على أسس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية وكلها تقر للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعي إنكارها** " .

(٢) سيأتي شرح لهذه الحقوق فيما بعد في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٣) د/ على حسين نجيدة : المرجع السابق ص ٧ .

ثانيا : الحـــق والواجب :

يخول الحق لصاحبه مزية أو مكنة القيام بأعمـــال معينـــة تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون، وهذه المزية ليست لـــها قيمـــة كبيرة إلا إذا كان القانون يفرض على سائر الأشخاص احترامـــها وعدم التعرض لصاحبها في استعمالها، ولذلك فإن القانون يفـــرض واجب عام على سائر الأشخاص ــ عدا صاحب الحق ــ بـــاحترام الحق وعدم التعرض لصاحبه في استعماله .

فلا يكفى أن يعطي القانون للمالك سلطة الانتفاع بملكه، بـلى يجب أن يقرن ذلك بنهي سائر الأشخاص عن مباشرة هذه الســلطة على الملك المذكور ذاته وعن التعرض للمالك في مباشـــرة هـــذه السلطة[١].

ولا يعتبر هذا الواجب العام عبئا ثقيلا يقع على عاتق الكافة كمـا يذهب بعض الفقه إلى ذلك[٢] ، حيث يعترض هذا الفقه على وجود فكـرة الواجب العام الذي يلزم الكافة باحترام الحق، لأن هذا الواجب العام

---

(١) د/ سليمان مرقس : الوافي في شـــرح القـــانون المدنـــي ــ الجـــزء الأول ــ المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني ــ الطبعة السادســة ١٩٨٧ ــ بند ١٩٩ ــ ص ٥٧٠.

(٢) د/ سليمان مرقس : نفس المرجع ــ ص ٥٧٠.

ـ في نظر هذا الفقه ـ يمثل عبئا ثقيلا لأنه من غير المعقـــول أن يفرض القانون في مقابل كل حق لشخص معين واجبا عاما يلـــزم ملايين الأشخاص دون أن يكون بينهم وبين ذلك الشخص أية صلة، بل حتى دون أن يعلموا بوجوده .

بيد أن هذا الرأي يمكن الرد عليه، حيث أن هـــذا الواجـــب العام لا يستشعر ثقله إلا من حاول الإعتداء على الحق أو اعتـــدى عليه بالفعل ففي هذه اللحظة يبرز هذا الواجب العام جليـــا حيـــث يحمي القانون الحق من مثل هذا الإعتداء فيتحول الواجـــب العـــام السلبي باحترام الحق إلى واجب خاص يثقل كاهل المعتـــدي فعـــلا ويلزمه بتعويض صاحب الحق(١).

وبهذا التمهيد الموجز نصل إلى موضوع الدراسة والخـلاص بالنظرية العامة للحق، حيث نحاول بيان ماهيـــة الحـــق وأنـــواع الحقوق وكيفية نشوء الحق واستعماله وطرق انقضائه، وذلك مـــن

---

(١) د/ على حسين نجيدة : المرجع السابق ـ ص ٨، والذي يضيف أن هذا الواجب العام قد يتحول بالنسبة لبعض الأشخاص إلى واجب خاص عندما تنشـــأ علاقـــة قانونية بين شخصين يترتب عليها نشوء واجب خاص يثقل كاهل أحدهما تجـــاه صاحب الحق كعلاقة الدائنية بين الدائن ومدين معين دون بقية الأفراد، غـــير أن هذا الواجب الخاص لا ينفي استمرار وجود الواجب العام باحترام الحـــق مـــن جانب باقي الأشخاص .

خلال ثلاثة أبواب على النحو الآتي :

الباب الأول :

ماهية الحق وأنواع الحقوق .

الباب الثاني :

ركنا الحق .

الباب الثالث :

نشوء الحق واستعماله وطرق انقضائه .

والله من وراء القصد ، إنه سبحانه نعم المولى ونعم النصير ،،،

المؤلف

البـــــاب الأول
ماهية الحق وأنـواع الحقوق

لبيان ماهية الحق وأنواع الحقوق نقسم هذا البـــاب إلـــى فصليـــن كالآتي:

الفصل الأول : فكـــرة الحـــــق .

الفصل الثاني : أنـــواع الحقـــوق .

الفصـــــل الأول
فكـــرة الحـــق

يتفرع هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في أولـــــهما الجـــدل الفقهي حول وجود الحق، أما المبحث الثاني فسيخصص لتعريـــف الحق، وذلك كالتالي :

المبحـــث الأول
الجدل الفقهي حول وجود الحـــق

قبل أن نتطرق لتعريف الحق، نناقش الجدل الفقهي الذي ثار حول وجوده وهل هناك ما يسمى بالحق، أم أن هذه مجـــرد فكـــرة نظرية لا توجد على أرض الواقع ؟

لقد حمل العلامة الفرنسي ليون ديجي Léon Duguit لــــواء معارضة أو إنكار فكرة الحق من أساسها، غير أن تلك المعارضـــة

لفكرة الحق لم تثن جمهور الفقه في مصر أو فـــي فرنســا عـــن الاعتراف بفكرة الحق.

وسوف نوضح بإيجاز رأي العلامة ليون ديجـــي والحجـــج التـــي

استند إليها وذلك في مطلب أول، ثم رد الفقه على هذه الحجج ومن ثم الاعتراف بوجود الحق وذلك في مطلب ثان كالآتي :

المطلـــب الأول

نظرية العلامة ديجي في إنكار وجود الحق

لقد قامت نظرية ديجي على عدة مبادئ مستمدة من فكر هذا الفقيه ونظرته إلى علم القانون، فقد نظر إليه على أنه علم واقعي لا يتسع للأفكار الميتافيزيقية والتي تنتمي إلى ما وراء الطبيعة، هـــذه الأفكار لاتتمشى وعلم القانون في نظر هذا الفقيه(١). وفكرة الحق

(١) ليون ديجي فقيه فرنسي شغل منصب عمادة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ذلـــك في النصف الأول من هذا القرن، وخلف وراءه ثروة فقهية ضخمة خاصة فـــي مجال القانون العام : أنظر في عرض نظريته في إنكار وجود الحق بالتفصيل.

- Lèon Duguit- Traitè du droit constitutionel – T. 1-3 eme èd- Paris- 1927, leçons de droit public gèneral – 1926, Regiade : Theorié generale du droit dans I'oeuvre de L. Duguit Arch. De phil – du droit – 1932 – Nos : 1,2 – P. 21, P. 67.

فكرة ميتافيزيقية وبالتالي فهي لا تتفق وعلم القانون.

هذا المنهاج العلمي الذي اتبعه ديجي وتحمس له، جعلـــه لا يؤمن ولا يسلم إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة، مما دفعـــه إلى محاولة تطهير القانون من الأفكار غير الواقعية التي يصعـــب مشاهدتها ولا تستند إلى التجربة. وفكرة الحـــق في مقدمـــة هـــذه الأفكار حيث يرى ديجي أن هذه الفكرة دخيلة على علم القـــانون إذ أنها فكرة فلسفية تنتمي إلى ما وراء الطبيعة [١].

*** مضمـــون النظريـــة :**

ويمكن تلخيص نظرية ديجي في هذا الصدد في أربعة نقاط تمثل في نفس الوقت حجج ديجي في إنكار وجود الحق وذلك كمـــا يلي :

أولا : إنكـــار فكرة الحقوق الطبيعية :

نقطة البداية لدى الفقيه ديجي تتمثل فـــي مهاجمـــة فكـــرة الحقوق الطبيعية للفرد والسابقة على وجـــود الجماعـــة وبالتـــالي إنكـــار وجودها،وهـــذا ناتج مـــن النقد اللاذع الذي وجهه ديجـــي

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق ــ بند ٢٢٤ – ص ٤٢٣ ، ص ٤٢٤ .

للمذهب الفردي الحر، حيث شن حملة شعواء ضد أفكار المذهب الفردي ومنها فكرة وجود حقوق طبيعية للفرد سابقة على وجود الجماعة تثبت للإنسان باعتباره إنسانا وبالتالي فإن دخول الفرد في الجماعة لا يفقده تلك الحقوق لأن الجماعة لم تمنح الفرد هذه الحقوق حتى يتسنى لها أن تفقده إياها أو تستردها منه، بل يقع على الجماعة واجب المحافظة على هذه الحقوق وحمايتها(١).

لقد وجد ديجي في فكرة الحقوق الطبيعية الأزلية للفرد فرصة كبيرة لهدم المذهب الفردي كلية، ذلك لأن فكرة الحقوق الطبيعية هذه هي الركيزة الأساسية التي قام عليها هذا المذهب، وللقضاء على هذا المذهب والوصول إلى مذهبه في التضامن الاجتماعي فقد هاجم ديجي فكرة الحقوق الطبيعية وحاول إثبات عدم صحتها وهدمها من خلال توجيه بعض الانتقادات إليها والتي تتمثل في أن فكرة الحقوق الطبيعية تقتضي وجود الفرد منعزلا في تاريخ أسبق من وجود الجماعة وهذا فرض نظري بحت وفلسفي في ذات الوقت لأن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه وبالتالي لا يستطيع العيش إلا في مجتمع، وحتى مع التسليم جدلا بهذا الفرض

---

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى فكرة الحقوق الطبيعية للفرد في المقدمة انظر ما سبق عرضه : ص ٧ وما بعدها .

فإنه لا يمكن تصور وجود حقوق له تسبق وجود الجماعة ذلك لأن لكل حق طرفا إيجابيا هو صاحب الحق، وآخر سلبيا هو المكلف بهذا الحق، فوجود فكرة الحق يستلزم حتما وجود مجتمع من الناس[١]، مما يعني عدم تصور وجود الإنسان منعزلا .

ثانيا : تساوي الإرادات الإنسانية :

يري ديجي أن فكرة الحق تقتضي أن تسمو إرادة شخص على إرادة شخص آخر في حين أن إرادات الأفراد متساوية لا تعلو إحداها على الأخرى، ففكرة الحق تفترض خضوع إرادة أحد الأفراد لإرادة فرد آخر يتمتع بسلطة صاحب الحق،وهذا يتعارض مع مبدأ تساوي الإرادات[٢]، ذلك المبدأ الذي يقضي بأن إرادات الأفراد تقف على قدم المساواة مما يحظر معه على القانون الوضعي أن يعلي إرادة على أخرى، فهذا لا يتأتى إلا من جانب قوة سماوية تهيمن على البشر [٣]، وبالتالي ففكرة الحق هذه فكرة

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق : بند ٢٢٤ ـ ص ٤٢٤، د/ علي حسين نجيدة: المرجع سالف الذكر ـ ص ١٣ ، ص ١٤.

(٢) د/ محمد حسام محمود لطفي : المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ـ الكتاب الثاني : نظرية الحق ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٩٠ ـ ص ١١.

(3) Duguit : Op. Cit – t, I – No. 20 – p.p 218, 219.

فلسفية مصطنعة اصطناعا يخالف الواقع مما يستوجب طرحها جانبا وعدم الاعتراف بوجودها .

ثالثا : صعوبة وضع تعريف محدد للحق :

إزاء اختلاف الفقهاء حول وضع تعريف محدد للحق[١]، وتضارب آراؤهم في هذا الشأن، وجد الفقيه ديجي أن أسهل وسيلة لحسم هذا النزاع هي إنكار وجود فكرة الحق أصلا[٢]، ولم يدر بخلد هذا الفقيه أنه بهذا الإنكار قد فتح ثغرة للجدل الفقهي حول وجود الحق وقد كان كل هدفه سد الثغرة القائمة حول تعريف الحق لكي يريح نفسه ويريح الفقه منها، فهو كمن استجار من الرمضاء بالنار[٣]، فبدلا من وضع حل لمشكلة تعريف الحق أضاف ديجي - دون أن يدري - مشكلة أخرى تحتاج أيضا إلى حل يحسمها وهي مشكلة وجود أو عدم وجود الحق.

---

(١) سيأتي ذكر هذا الخلاف حول تعريف الحق في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٢) د/ جميل الشرقاوي : دروس في أصول القانون ــ دار النهضة العربية – القاهرة – ط٢ – ١٩٨٢ – هامش رقم ١ – ص ٢٣١.

(٣) د/ على حسين نجيدة : المرجع السابق ص ١٤.

رابعا : وجود مراكز قانونية بدلا من الحقوق :

يراجع ديجي نفسه فيرى أن نظريته في إنكار الحق لا تستقيم على طول الخط، ذلك لأن القانون يقرر سلطات معينة لبعض الأشخاص تجاه البعض الآخر وعلى الأشياء فهو يقرر سلطة للمالك على ملكه، وإمكانية للدائن في مواجهة مدينه، فإذا لم تكن هذه السلطة مستمدة من حق فمن أي شيء تنتج إذن ؟.

حاول ديجي الخروج من هذا المأزق مستعينا بفكرة المراكز القانونية علها تسعفه وتزيل هذا التعارض في نظريته .

وفكرة المركز القانوني هذه **Situation Juridique** ذات شقين في نظر ديجي : **شق أو مركز سلبي :** وذلك إذا نظرنا إليه من ناحية الشخص الذي توجب عليه القاعدة القانونية أداء ما، سواء أكان هذا الأداء عملا أم امتناعا عن عمل أم مجرد إعطاء شيء.

وهناك **شق إيجابي** للمركز القانوني ويكون لصالح الشخص الذي يستفيد من القاعدة القانونية التي تفرض التزاما على عاتق شخص آخر يوجد في مركز قانوني سلبي.

ولا يعني هذا إعلاء إرادة الثاني على إرادة الأول لأن كل الإرادات الإنسانية متساوية، فهناك فقط تبادل في احتلال أحد هذين

المركزين بين الأشخاص وهو نتيجة طبيعية لوجود الإنسان في مجتمع منظم [١].

تلك كانت الخطوط العريضة لنظرية العلامة ديجي في إنكار وجود الحق والحجج التي ساقها للتدليل على صحة نظريته، وإقامة صرح مذهبه في التضامن الاجتماعي ، فهل صادفت هذه النظرية قبولاً لدى الفقه أم أن ثمة معارضة قد وجدت تجاه هذه النظرية ؟ هذا ما سنعرفه من خلال النقطة التالية والخاصة بالاعتراف بوجود الحق.

المطلب الثاني

الاعتراف الفقهي بوجود الحق

لاقت نظرية ديجي هجوماً عنيفاً من جانب الفقه، إذ صوبت إليها سهام النقد والتي أدت إلى هدم الأساس الذي تقوم عليه النظرية .

نقد نظرية ديجي :

يمكن إجمال الانتقادات الموجهة لنظرية ديجي في النقاط

---

(١) د/ محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق – ص ١١.

الآتية[١] :

أولاً : عدم صلاحية المنهاج الذي سار عليه ديجي في مجال علم القانون :

سبق أن أشرنا إلى المنهاج العلمي الواقعي الذي نادى به ديجي والقائم على المشاهدة والاستقراء والتجربة العملية[٢]، غير أن هذا المنهاج وإن كان يتمشى وطبيعة العلوم غير النظرية إلا أنه لا يمكن الأخذ به في مجال العلوم النظرية وفي مقدمتها علم القانون، ولذلك فإن رفض ديجي لفكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير عملية أمر غير مقبول حتى على فرض صحة هذا القول، ذلك لأن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يتعدى ذلك إلى ما وراء الواقع لكي يمكن تقويم الواقع[٣] ،

---

(١) راجع هذه الانتقادات بالتفصيل لدى :

– د/ عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية – دار النهضة العربية القاهرة – ١٩٦٦ – ص ٤٣٥ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ٢٢٥ وما بعدها ، وأيضاً :

د/ حسن كيرة : في رسالته بالفرنسية بعنوان " التعسف في استعمال الحق في القانونين الفرنسي والمصري " – والمقدمة إلى جامعة باريس عام ١٩٥٢ – ص ٨ : ص ٤٨ .

(٢) راجع ما سبق ذكره : ص ١٠.

(٣) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – بند ٢٢٥ – ص ٤٢٦ .

وبمعنى آخر لا يكتفي القانون بتسجيل ما هو كـــائن فحســب بــل يتجاوز ذلك بإيضاح ما يجب أن يكون .

ثانيا : إغفال الجانب الفردي للإنسان الاجتماعي :

وثاني الإنتقادات التي توجه لنظرية الفقيه ديجي هي أن هذا الفقيه لم يعر الجانب الفردي للإنسان بوصفه كذلك أدنى اهتمام بــل كل ما كان يشغل فكره هو فرض الإنسان المنعزل **L'homme isolè** حيث صب كل اهتمامه على نفى هذا الفرض وأجهد نفسه للوصول إلى استبعاده وعدم تصور وجود الإنسان المنعزل، فــي حيـن أن الفقه في مجمله يسلم بعدم وجود مثل هذا الإنسان الذي يعيش فــي جزيرة بمنأى عن الناس، وما كان ديجي بحاجة لبذل أقصى الجـهد في سبيل إنكار هذا الفرض النظري البحت. وانشغال هــذا الفقيــه بنفي فكرة الإنسان المنعزل للوصول إلى هدم المذهب الفردي قــد أنساه الجانب الفردي للإنسان الاجتماعي ، فالإنسان بانضمامه إلــى الجماعة لم يفقد ذاته بل يبقى له كيانه المستقل كإنســان وكفــرد، ونحن لا نسلم بفكرة الإنسان المنعزل ونتفق في ذلك مــع الفقيــه ديجي، ولكننا نسلم في ذات الوقت بفكرة الإنسان الفـرد **L'homme induvuduel** وفي هذا نختلف مع ديجي، ذلك لأن الإنسان في ذاتــه يعد حقيقة مادية وواقعية وهو بهذه الصفة يتمتع بقدرات معينة فيحيا

وينشط ويحوز أموالا وثروات وهذه عناصر تساهم في تكوين طبيعته الإنسانية (١).

وهذه السلطات وتلك القدرات التي يتمتع بها الإنسان الفرد تشكل الحق بمعناه الواقعي أو المادي وليس بمعناه الفني أو القانوني، إذ لا يتصور وجود الحق بمعناه الأخير إلا في جماعة حيث يوجد أشخاص آخرين غير صاحب الحق يلتزمون باحترام الحق وعدم الاعتداء عليه، والحق بمعناه الواقعي هذا يعد أسبق في الوجود من الحق بمعناه الفني ومن القانون بصفة عامة (٢).

وقد كان بوسع ديجي أن يهاجم فكرة الحقوق الطبيعية ليهدم أساس المذهب الفردي دون أن ينكر فكرة الحق في ذاته .

ثالثا : التصور الخاطئ لطبيعة الحق :

وثالث الانتقادات التي توجه لنظرية الفقيه ديجي هي أنه قد نظر إلى الحق نظرة خاطئة حيث اعتقد أن الحق - على خلاف الواقع - يتطلب سمو أو سيادة إرادة على إرادة أخرى مما يتعارض ومبدأ تساوي الإرادات .

---

(١) د/ عبد المنعم البدراوي : المرجع السابق – ص ٤٣٥.

(٢) د/ على حسين نجيدة : المرجع السابق – ص ١٧.

والحقيقة أن أحدا لم يقل بذلك في الفقه بما في ذلك من عرف الحق بأنه قدرة إرادية، حيث لم يدع أحد سمو إرادة صاحب الحق على إرادات الآخرين، مما يعني وكما ذهب إلى ذلك ـ وبحق ـ أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي أن هذه النظرة لطبيعة الحق قد ابتدعها ديجي لنفسه ليجد من خلالها منفذا لنقد فكرة الحق(١).

والصواب هو أن الحق لا يستلزم علو إرادة على إرادة أخرى، فإرادة صاحب الحق بذاتها لا تلزم الغير بل توجد واقعة سابقة على هذه الإرادة وخارجة عنها هي التي تلزم الغير، فمثلا إذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بالتعويض عما لحقه من أضرار نتيجة الصدمة ، فلا يعني هذا أن إرادة المضرور تعلو على إرادة محدث الضرر وإنما يوجد خطأ محدث الضرر، وهو الذي يلزمه بمثل هذا التعويض تجاه المضرور (٢).

---

(١) انظر : د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – بند ٨٦ ص ٢٢٥ ومابعدها.
(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق ــ بند ٢٢٥ – ص ٤٢٧.

ويذكر أن هناك طائفة من الحقوق تثبت لكل أفراد المجتمع على السواء وهي الحقوق أو الحريات العامة فلا تسمو إرادة فرد بالنسبة لهذه الحقوق على إرادة فرد آخر مما يؤكد ان نظرة ديجي للحق نظرة غير صائبة.

وإذا كان يصعب الوصول إلى تعريف محدد للحق لكثرة التعريفات التي قال بها الفقه في هذا الصدد، فإن ديجي قد اتخذ من هذه الصعوبة حجة له لرفض فكرة الحق ذاتها، وحجته هذه مردودة لأن كثرة التعريفات أمر مرغوب فيه في مجال العلوم الاجتماعية ومنها القانون أثراءاً للفكر ووصولاً إلى التحليل القانوني السليم، ولا يجوز أمام صعوبة تعريف الحق أن نتخذ أسهل الطرق كما فعل ديجي بإنكاره فكرة الحق ذاتها إذ أضاف بذلك مشكلة ثانية تثير هي الأخرى جدلاً كبيراً .

رابعاً : عدم اختلاف فكرة المركز القانوني عن فكرة الحق من حيث الجوهر :

إن فكرة المركز القانوني التي ابتدعها ديجي وقسمها إلى مركز قانوني إيجابي ومركز قانوني سلبي لا تختلف كثيراً في جوهرها عن فكرة الحق كل ما هنالك هو اختلاف التسمية فقط[١].

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٢٦ ، ٢٢٧.

ونحن نفضل – مع الفقه – استخدام كلمة حق بدلا من مصطلح "**المركز القانوني**" لشيوع استخدام الأولى واستقرارها منذ أمد بعيد، ولأن فكرة المركز القانوني فكرة معقدة لا طائل من ورائها سوى زعزعة الأفكار المستقرة [١].

ونخلص في النهاية إلى رفض نظرية ديجي في إنكار وجود الحق ونؤكد أن فكرة الحق من الأفكار القديمة المستقرة في عالم القانون، وهي من الحقائق المسلمة والتي لم يعد الشك يتطرق إلى وجودها وإن تطرق إلى تعريفها .

ولا يعني رفضنا لنظرية الفقيه ديجي تسليمنا بأفكار المذهب الفردي وخاصة فكرة الحق المطلق الذي لا تحده حدود ولا ترد عليه قيود، بل نسلم بضرورة وضع حدود وضوابط للحق حتى نحافظ على حقوق وحريات الآخرين ولكيلا يصبح الحق مصدرا للإضرار بالغير.

إذ انتهينا إلى التسليم بوجود الحق، يبقى لنا بعد ذلك أن نحاول تعريفه وذلك باستعراض آراء الفقهاء في هذا الشأن ثم إيراد التعريف المختار للحق وذلك من خلال المبحث التالي :

---

(١) د/ عبد المنعم البدراوي : المرجع السابق – ص ٤٣٨.

المبحث الثاني
"تعريف الحق"

لا يوجد اتفاق بين الفقهاء على تعريف موحد للحق، بل إن كلمة الحق رغم بساطتها من أكثر الأفكار التي أثارت اختلافاً شديداً في الفقه.

واختلاف الفقهاء حول تعريف الحق ليس خلافاً نظرياً محضاً وإنما هو خلاف عملي موضوعي، ذلك لأن تعريف الحق ليس غاية في ذاته وإنما يهدف كل من عرف الحق إلى ترتيب نتائج معينة على هذا التعريف، هذه النتائج ترتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة الحق ومضمونه والحدود التي يمكن أن يمارس الحق طبقا لها والقيود التي ترد على تلك الممارسة، باختصار سيترتب على تعريف الحق بنيان كامل من التنظيم القانوني لأحكام الحق يختلف حسب نقطة البداية المقبولة في تعريف الحق[١].

---

(١) راجع حول الأهمية العملية لتعريف الحق : أستاذنا الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدي : المدخل لدراسة القانون ــ الجزء الثاني : نظرية الحق – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨٩ – ١٩٩٩ ص ٥، د/ عبد الهادي يوسف العطافي : ماهية الحق في القانون الخاص- مجلة القانون والاقتصاد – العدد الرابع – ديسمبر سنة ١٩٦٣ – س ٣٣ والعدد الثاني من السنة الرابعة والثلاثين ص ٤١٣ : ص ٤٨٩.

ولهذا فإننا نعــرض لتعريف الحق لدى الفقـــهاء ، حيــث يمكـــن حصر آراؤهم في هذا الشان في ثلاثة مذاهب رئيسية هي : المذهب الشخصي ثم المذهب الموضوعي وأخيراً المذهب المختلط، ونختم بكلمة حول التعريف الذي نرجحه للحق وذلك مـــن خـــلال أربعة مطالب على النحو التالي :

المطلــب الأول

" المذهب الشخصي في تعريف الحق "

نظر أنصار هذا المذهب إلى الحق من ناحية صاحبــــه أي شخص صاحب الحق وقد انعكس ذلك على تعريفهم للحق، ومــــن أبرز القائلين بهذا المذهب ، الفقيهان الألمانيــــان **Windscheid & Savigny** (١).

وسوف نبين مضمون المذهب الشخصي الذي قالا به ، ثـــم الانتقادات الموجهة إليه وذلك من خلال النقطيتين التاليتين :

(1) Savigny : Traitè de droit romain – Trad - Guenoux T.I. p.7.
ومن أنصار هذا المذهب في الفقه المصري أستاذنا الدكتور / جميل الشـرقاوي : المرجع السابق – بند ٧٩ – ص ٢٣٢ وما بعدها ، د/ عبد المنعم البـــدراوي : المرجع السابق – ص ٤٤٠ وما بعدها ، د/ اسماعيل غانم : محـــاضرات فـــي النظرية العامة للحق – ١٩٦٠ – ص ٥٥٣ .

أولا : مضمون المذهب الشخصي :

يعرف أنصار المذهب الشخصي الحق بأنه " قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين ويحميها " ، فالحق طبقا لهذا المذهب يمثل " قدرة أو سلطة يحميها القانون (١) ".

ويلاحظ أن إرادة الشخص تشكل عنصرا أساسيا في تعريف الحق لدى أنصار هذا المذهب ، فلا يوجد حق إلا إذا وجدت إرادة لدى الشخص، فهذه الإرادة تتحكم في وجود الحق.

ولقد كشف الفقيه الفرنسي سالي **Saleilles** (٢) عن الفلسفة الحقيقية لهذا المذهب حينما أورد عبارات تدل على ربط وجود الحق بالإرادة وهذا يتشابه مع ربط وجود الإنسان بالفكر تماما حيث أورد الفقيه سالي المبدأ الآتي " أنا أريد إذن فأنا صاحب حقوق . " **Je veux, donc J'ai des droits** " . تماما كما قال الفيلسوف الفرنسي ديكارت **Dèscartes** " **أنا أفكر إذن فأنا موجود** " **Je pense, donc je suis** " .

---

(١) انظر في مضمون هذا المذهب وتعريفه للحق : أستاذنا الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدي : المرجع السابق – ص ٦ وما بعدها ، د/ حسن كيرة : المرجع السابق – بند ٢٢٧ – ص ٤٣١.

(2) Saleilles (Ray) : De la Personnalité Juridique – 2 eme éd - 1922

ويرى الفقه أن المذهب الشخصي في تعريف الحق يقـوم علـى عنصرين هما : حرية الإرادة واستقلالها من ناحية ثم إطلاق الإرادة من ناحية أخرى(١) .

ومقتضى العنصر الأول أن الإرادة حرة ومستقلة وهـي التـي تنشئ الحق وهذا العنصر نتيجة من نتائج المذهب الفردي الحـر الـذي يؤمن – كما سبق القول – (٢) بوجود حقوق طبيعية أزلية للفـرد تسـبق وجود الجماعة، والطبيعة هي التي منحت للفرد هـذه الحقـوق وليـس القانون الوضعي ، والنتيجة المنطقية لذلك هى مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك المبدأ الذي يعني أن الإرادة وحدها هي التي تستطيع إنشاء الالـتزام أو الحق، وأيضا هي التي تحدد آثار هذا الالتزام، فهي حرة في أن تلتزم أو لا تلتزم وإذا التزمت ففي الحدود والضوابط التي ترتضيها(٣) ، وقد عـبر الفقه عن ذلك بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " والذي يقضـي بأنـه لا يجوز لأحدهما بمفرده تعديل ما ورد في العقد من شـروط ولا يجـوز

---

(١) د/ نزيه المهدي : المرجع السابق – ص ٧ وما بعدها .

(٢) راجع ما سبق – ص ٨ وما بعدها .

(٣) د/ عبد الرازق السنهوري : الوسيط في شرح التقنين المدني الجديد – مصـادر الالتزام – المجلد الأول – نظرية العقد – الطبعة الثالثة المنقحة – دار النهضـة العربية – القاهرة – ١٩٨١ – ص ١٧٦.

للقاضي أن يعدل في هذه الشروط إلا إذا أراد الطرفان ذلك[١].

أما العنصر الثاني في تعريف المذهب الشخصي للحق فهو إطلاق الإرادة أي أن الحق يتمتع بصفة الإطلاق حيث أنه قد منح لصاحبه لإشباع حاجاته الخاصة طبقا لإرادته، وهذا الإطلاق يعني أن صاحب الحق له مطلق الحرية في إستعمال أو عدم إستعمال السلطات التي يخولها له الحق، فلا إلزام عليه في هذا الصدد، ويعني الإطلاق أيضا قدرة صاحب الحق على التصرف في حقه كما يشاء كليا أو جزئيا دون أدنى قيد يذكر[٢].

والقدرة الإرادية التي يشملها الحق طبقا لهذا المذهب الشخصي تظهر سواء في علاقة صاحب الحق بغيره من الناس أو في علاقته بالشيء موضوع الحق .

---

(١) وقد سلم المشرع الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة وضمنه نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، كما أخذ به المشرع المصري في المادة ١٤٧ من التقنين المدني الجديد والتي تقضي بأن : " العقد شريعة المتعاقدين " فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ". بيد أن المشرع قد منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالات معينه منها تعديل الشرط الجزائي " مادة ٢٢٤ مدني مصري " والتدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة بمقتضى المادة ١٤٧ مدني أيضا.

(٢) د/ نزيه المهدي : المرجع السابق – ص ٨.

ففي علاقة صاحب الحق بالغير تتمثل هذه القدرة في إمكانية إجبار الغير على القيام بواجب معين لمصلحة صاحب الحق، كإجبار المدين على الوفاء بالدين لصاحبه أو إجبار المعتدي على وقف اعتدائه على الحق ومطالبته بالتعويض وذلك عن طريق اللجوء للقضاء طلبا لحماية الحق، كما أن لصاحب الحق أن يتسامح مع الغير[١].

أما في علاقة صاحب الحق بمحل هذا الحق، فإن القدرة الإرادية لصاحب الحق تبدو واضحة في حريته في استخدام الشيء محل الحق بالطريقة التي يراها، فإذا كان محل الحق منزلا، يستطيع صاحبه أن يؤجره للغير أو يسكنه أو يرهنه أو يبيعه[٢]، كل ذلك في إطار ما يفرضه القانون في هذا الشأن.

وإذا كانت تلك هي الخطوط الرئيسية للمذهب الشخصي في تعريف الحق فهل لاقى هذا المذهب قبولا من جانب الفقه أم أن الفقه - على العكس - قد هاجمه ؟

---

(١) د/ سعيد جبر : المرجع السابق - ص ٨، وفي ذات المعنى :
د/ محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق - ص ١٥.

(٢) سيأتي ذكر سلطات المالك بالتفصيل عند دراسة حق الملكية، انظر لاحقا ما سيجيء في هذا الخصوص .

تتضح الإجابة على هذا التساؤل من خلال النقطة التالية :

ثانيا : نقد المذهب الشخصي (١) :

تعرض المذهب الشخصي في تعريف الحق إلى حملة ضارية من النقد اللاذع والهجوم الشديد، قادها ضده الفقيه الألماني المعروف " إيرنج **Ihering** " ، حيث وجه بعض الانتقادات إلى المذهب الشخصي وتبعه في ذلك بعض الفقهاء وأهم هذه الانتقادات ما يلي :

١ – أن وجود الحق لا يرتبط دائما بوجود الإرادة :

أولى الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية في تعريف الحق هي أنها قد ربطت ربطا معيبا بين وجود الإرادة ووجود الحق، في حين أن الأمر ليس كذلك دائما، إذ يوجد الحق في بعض الحالات دون أن توجد الإرادة ومثال ذلك ثبوت بعض الحقوق للصبي غير المميز (**دون السابعة**) رغم أنه لا توجد لديه إرادة يعتد بها القانون، كما أن هناك حقوق تثبت للشخص دون علمه وبالتالي دون

---

(١) انظر في الانتقادات الموجهة للمذهب الشخصي في تعريف الحق والرد عليها : أستاذنا الدكتور / رمضان أبو السعود : شرح مقدمة القانون المدني – النظرية العامة للحق – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٩٩ – ص ٢٠ : ص ٢٣.

أن تصدر عنه أية إرادة ومثال ذلك اكتساب الوارث الحق على مال مورثه حتى ولو كان يجهل انتقال هذا الحق إليه، كما أن هناك حقوق تثبت للغائب الذي لم تصدر عنه إرادة مطلقاً[١].

٢- يجب التمييز بين وجود الحق واستعماله :

حاول أنصار المذهب الشخصي معالجة النقد الأول ، فقالوا أن الإرادة موجودة في الحالات المذكورة (**حالة عديم التمييز والمجنون**) وهي إرادة النائب القانوني والتي تعوض فقدان إرادة مثل هؤلاء الأشخاص، غير أن تلك المحاولة باءت بالفشل ويرد عليها بأنها تخلط بين ثبوت الحق وبين استعماله في حين أنه يجب التمييز بين الأمرين، فالحق يوجد في حالة عديم التمييز والمجنون دون وجود الإرادة وقبل أن توجد ، أما إرادة النائب القانوني فهي لازمة لمباشرة الحق واستعماله فقط ولكنها لا تصلح لوجوده بالنسبة

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٣٢ ، د/ محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ، ص ١٥ وانظر في نقد المذهب الشخصي بصفة عامة : د/ نعمان محمد خليل جمعة : دروس في المدخل للعلوم القانونية – القاهرة – ١٩٧٩ – ص ٨٦ ، ص ٢٨٧.

لعديمي الأهلية(١)، والإرادة ليست مطلوبة دائماً لممارسة الحق، فقد يمارس الحق بدون الإرادة في بعض الحالات فعديم الأهلية يسكن منزله مثلا ولا إرادة لديه(٢).

٣- توجد حقوق للشخص المعنوي رغم عدم وجود إرادة لديه :

بجانب الشخص الطبيعي وهو الإنسان ، توجد أشخاص أخرى يطلق عليها الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية، وسوف نتحدث عن هذه الأشخاص بالتفصيل فيما بعد(٣) ، ونكتفي هنا بالقول أن هذه الأشخاص لا تتوافر لديها إرادة بل ويستحيل أن تتوافر لديها أية إرادة على الإطلاق، وبالرغم من ذلك تثبت لها بعض الحقوق قانونا ولأسباب معينة، ومنطق المذهب الشخصي يتعارض إذن مع ثبوت الحق لهذه الأشخاص رغم استحالة وجود

---

(١) د/ نزيه المهدي : المرجع السابق – ص ١٣ ، د/ محمد حسين منصور : نظرية الحق – منشأة المعارف بالأسكندرية – ١٩٩٨ – ص ١٢ ، فضلا عن أنه طبقا لهذا المذهب فإن المنطق كان يقضي بثبوت الحق للنائب القانوني لأنه هو الذي تتوافر لديه الإرادة، وهو ما لم يقل به أحد : انظر : د/ علي حسين نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٢.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٣٢.

(٣) انظر ما سيأتي بخصوص أركان الحق .

إرادة لديها وكان مقتضى المذهب عدم الاعتراف لها بهذه الحقوق وهو ما يخالف الواقع القانوني[١].

٤- يجب التمييز بين جوهر الشيء ذاته ونتائجه :

لقد خلط أنصار المذهب الشخصي بين تعريف الحق ذاته وبين نتائجه فعرفوا الحق بأنه " **سلطة أو قدرة إرادية** " في حين أن هذه السلطة الإرادية هي نتيجة لوجود الحق فلا يصح أن يعرف الحق بها ، إذ أن تعريف الشيء يكون ببيان جوهره ومضمونه وليس بإحدى نتائجه[٢]، فكيف يمكن الحديث عن سلطات للمالك قبل أن يثبت له حق الملكية فعلا ؟ [٣].

٥- أن عنصر الإطلاق الذي يقول به أنصار المذهب الشخصي لا وجود له الآن :

يلاحظ أن صفة الحق قد تغيرت من حق مطلق إلى حق نسبي، ومن ثم لم يعد للإرادة الحرية الكاملة في إنشاء الحق

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٤٣٢ ، د/ نزيه المهدي : المرجع سالف الذكر - ص ١٣، د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق - ص ١٢.
(٢) د/ محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق - ص ١٦.
(٣) د/ سعيد جبر : المرجع السابق - ص ١٠.

وترتيب آثاره بل أصبحت مقيدة بالتنظيم القانوني والقيود الموضوعية التي تفرض عليها من قبل المشرع [١].

هذا وقد دافع البعض عن فكر المذهب الشخصي، وقالوا أنه لم يقصد أن تكون الإرادة مطلقة يمنحها الشخص لنفسه، بل هي إرادة يستمدها من القانون وتبقى دائماً في حدود القانون[٢].

وقد صار المذهب الشخصي بسبب هذه الانتقادات مجرد فكرة تاريخية لم يكتب لها النجاح.

وبعد هذا العرض الموجز للمذهب الشخصي في تعريف الحق ننتقل الآن لدراسة تعريف الحق طبقا للمذهب الموضوعي .

---

(١) د/ نزيه المهدي : المرجع السابق – ص ١٤ ، وراجع بالتفصيل في القيود الموضوعية الواردة على قدرة الإرادة في إنشاء الالتزام وترتيب آثاره ، مقال لنفس المؤلف بعنوان : محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام – مجلة القانون والاقتصاد – العددان الأول والثاني – ١٩٨١.

(٢) د/ جميل الشرقاوي : دروس في أصول القانون – ١٩٧١ – ص ٢٣٢ ، د/ توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية – ١٩٧٦ – ص ٤٤١ وما بعدها .

المطلب الثانــي

" المذهب الموضوعي في تعريف الحق "

نجمل الحديث عن هذا المذهب في النقطتين التاليتين :

أولا : مضمون المذهب :

يعتبر الفقيه الألماني إيرنج **Ihering** من أبرز الذين نـــادوا بضرورة الأخذ بمذهب موضوعي في تعريف الحق، فبعد أن فـرغ من توجيه النقد إلى المذهب الشخصي بصفته من أشد الناس عـداوة لهذا المذهب، حاول إيرنج وضع تعريف للحق غلب فيه الجـــانب الموضوعي على الجانب الشخصي إذ لم يعترف للإرادة بدورها في مجال الحق، اللهم إلا ذلك الدور الهامشي الذي تلعبه عند ممارســة الحق.

لقد عرف إيرنج الحق بأنه " مصلحة يحميها القـــانون " (١) فجوهر الحق لديه هو عنصر المصلحة وهي الغرض الذي تـــهدف الإرادة إلى تحقيقه وليس الإرادة ذاتها، لأن الحق يثبت حتى لعديمي الإرادة وبالتالي فإن المنفعة أو المزية أو المصلحة هـــي جوهـــر

---

(1) Ihering : L'esprit du droit romain- T.IV- trad de Meulenaere – L. Maresc Ainè – 1873 – P. 236 et S.

الحق، وكل حق يوجد لخدمة ومنفعة الفرد فالإرادة لخدمة الحق وليس العكس .

فالحق يتضمن – لدى إيرنج – عنصرين أحدهما موضوعي والآخر شكلي، فالعنصر الموضوعي يتمثل في المصلحة أو الغاية التي يهدف الحق إلى تحقيقها حيث أن كل حق يهدف إلى تحقيق النفع لصاحبه، وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون أدبية .

غير أن عنصر المصلحة وحده لا يكفي لوجود الحق في نظر إيرنج بل يجب أن يضاف إليه عنصرا شكليا وهو عنصر الحماية القانونية للمصلحة فكل حق له دعوى تحميه، ولا يوجد حق بدون حماية قانونية إذ لا ترقى المصلحة إلى مرتبة الحق إلا إذا أسبغ عليها القانون حمايته ووضع أمام صاحبها وسيلة الدعوى القضائية إذا حدث تهديد أو اعتداء على هذه المصلحة، فالحق إذن لدى إيرنج هو المصلحة المحمية قانونا[1]. **" L'intèrêt Juridiquement Protégé .**

---

(١) د/ محمد شوقي السيد : التعسف في استعمال الحق– الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٩٧٩ – ص ٤٤ ، غير أن ذلك لا يعني – في نظر إيرنج – أن كل مصلحة يحميها القانون تشكل حقا، وإنما المصلحة التي يحميها القانون لذاتها هي فقط التي تعد حقا دون المصلحة المشروعة التي يحميها القانون بصفة عرضية، ولهذا يفرق إيرنج بين الحق والمصلحة المشروعة، أنظر في ذلك : د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق – ص ٢٤.

وقد تأثر جانب كبير من الفقه بهذا المذهب وعرفوا الحق طبقا له[١].

ثانيا : نقد المذهب الموضوعي :

تعرض تعريف إيرنج للحق لعدة انتقادات كان من أهمها :

١- أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق :

لم يقنع الفقه بعنصر المصلحة كمعيار للحق، ذلك لأن هذه المصلحة لا تصلح معيارا منضبطا للحق، فمن ناحية أولى إذا كان كل حق يتضمن مصلحة لصاحبه، فلا تشكل كل مصلحة بالضرورة حقا حتى ولو كانت مصلحة مشروعة، فمثلا إذا فرضت الدولة رسوما جمركية مرتفعة على بعض السلع الأجنبية حماية للصناعات الوطنية المماثلة لهذه السلع ، فإن المنتجين الوطنيين وأصحاب مثل هذه الصناعات تكون لهم مصلحة أكيدة في فرض مثل هذه الرسوم، ولكن هذه المصلحة لا تعطي للمنتجين أي حق في مواجهة الدولة إن هي خفضت قيمة هذه الرسوم فيما بعد[٢].

---

(١) د/ السنهوري : مصادر الحق – جـ١ – ص ٤ والمراجع الأخرى المشار إليها لدى : د/ محمد شوقي السيد : نفس المرجع – هامش ٥ – ص ٤٥.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٣٤.

ويرى البعض بحق ردا على هذا النقد للمذهب الموضوعي أن هـذا المذهب لم يقل أن كل مصلحة تشكل حقا كما يدعي معارضي هـذا المذهب، وإنما هو يضيف إلى عنصر المصلحة عنصـر الحمايـة القانونية عن طريق الدعوى القضائية وبالتالي فإن أية مصلحـة لا تتمتع بهذه الحمايـة لا ترقى إلى مصاف الحـق وهذا يصدق على المثال الخاص بفرض الرسوم الجمركية وغيره من الأمثلـة التـي ساقها معارضي المذهب حيث أن المصلحة في هذه الأمثلة لا تشكل حقا إذ ينقصها عنصر الحماية القانونية (١).

ولا تصلح المصلحة من ناحية ثانية – في نظـر الفقـه – كمعيار للحق لأن المصلحة أمر خارج عن جوهر الحق وهي هدف الحق وغايته ولا يمكن أن نعرف الشيء بغايته(٢) ، " **فلا يعـرف القضاء بأنه العدل** " (٣) .

٢- أن الحماية القانونية ليست عنصرا في وجود الحق :

يرى الفقه أن الحماية القانونية لا تشكل عنصرا من عناصر الحق ذلك لأن هذه الحماية أمر لاحق على وجوده، فالحق يحمـي

---

(١) د/ على نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٥.

(٢) د/ نزيه المهدي : المرجع السابق – ص ١٦ ، ١٧.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق – الطبعة الثانية – ١٩٦٥ – ص٧.

قانونا لأنه موجود إذ المنطق يفرض ذلك، وبالتالي فـــإن الحمايـــة القانونية وهي أمر لاحق على وجود الحق وفي ذات الوقت إحـــدى نتائج وجوده لا يمكن أن تدخل في تكوين الحـــق أو تعريفـــه إذ لا يصح تعريف الشـــيء بإحدى نتائجه[١].

ويرد البعض على هذا النقد قائلا أن المصلحة بلا حمايـة لا تشكل حقا وبالتالي فالحماية القانونية عنصرا في تركيب الحق فهي لا تأتي بعده لأنه لا يوجد بدونها فهي ركن في الحـــق لا يتصـــور وجوده بدونها [٢].

إزاء هذه الانتقادات الموجهة للمذهـــب الموضوعـــي فـــي تعريف الحق حاول البعض أن يوفق بيـــن المذهبيـــن الشـــخصي والموضوعي ليعرف الحق تعريفا مختلطا يحوي بين طياته آثار كل من المذهبين وهذا ما يعرف باسم " **المذهب المختلط** " .

---

(١) د/ عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٦ – ص ٤٤٣، د/ سعيد جبر : المرجع السابق – ص ١٣، د/ إبراهيم أبو الليـــل ، د/ محمـــد الألفـــي : المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق – دروس في مبـــادئ القـــانون لكليـــة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويـــت – ١٩٨٦ – بنـــد ٢٣٦ – ص ١٦٨.

(٢) د/ علي نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٦ ، ٢٧ .

المطلب الثالث

" المذهب المختلط في تعريف الحق "

حاول الفقه الحديث تلافي الانتقادات الموجهة إلى المذهبين الشخصي والموضوعي، وذلك بالجمع بين المذهبين معاً وإيجاد نوع من المزج بينهما بحيث يعرف الحق طبقاً لعنصر القدرة الإرادية وعنصر المصلحة في ذات الوقت .

غير أن أنصار هذا المذهب يختلفون فيما بينهم حول العنصر الذي يجب تغليبه على الآخر من هذين العنصرين، فيقدم البعض عنصر المصلحة على الإرادة في تحديد مضمون الحق فيعرفون الحق بأنه : "مصلحة يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة (١).

ويغلب البعض الآخر الإرادة على عنصر المصلحة فيعرفون الحق بأنه : " قدرة إرادية معطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون (٢).

---

(1) Michoud : la théorie de la personnallite morale et Son application en droit Francais – 3 éme éd-1932-T.I- P.105.

(٢) مشار إليه لدى : د/ محمد شوقي السيد / المرجع السابق – هامش رقم ٢ – ص ٤٦.

وهناك في الفقه المصري من يعرف الحق تعريفا مختلطا ومن ذلك تعريف أستاذنا الدكتور / محمود جمال الدين زكي للحق بقوله : " الحق قدرة أو مكنة إرادية هدفها تحقيق مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون" (١).

وتعتبر نظرية الفقيه البلجيكي دابان Dabin من أكثر النظريات توفيقا في إجراء التوازن، وتحقيق الاندماج بين المذهبين الشخصي والموضوعي ونظرا لأهميتها فسوف نتناولها بشيء من التفصيل :

- **نظرية دابان في تعريف الحق :**

بعد تحليله لكل النظريات والتعريفات التي سبقته حاول الفقيه دابان أن يعرف الحق فانتهى إلى أن الحق : " **استئثار وتسلط** **Appartenance et maêtrise** " فالحق من وجهة نظر دابان هو

---

(١) انظر مؤلفه : دروس في مقدمة الدراسات القانونية – الطبعة الثانية ١٩٦٩ – بند ١٠ – ص ٣١.

– ويميل إلى هذا التعريف المختلط : د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٦٨ ، ص ٥٦٩ حيث يعرف الحق بأنه " سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون ".

استئثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص ويحميها[١].

وبعد أن عرف دابان الحق وحدده في كلمتيـــن " **اســـتئثار وتسلط** " عاد ليُدخل في تعريف الحق وبيان مضمونـــه عنصريـــن آخرين لتكتمل عناصر الحق بذلك إلى أربعة عناصر وهي :

أولا : العنصر الموضوعي : " عنصر الاستئثار " :

الإستئثار الـــذي يقصـــده دابـــان يعنـــي انفـــراد شـــخص واختصاصه بشيء معين أو بقيمة معينة بحيث تكون له هـــو دون غيره من الأشخاص. فالحق لدى دابان ليس مجرد الانتفاع ، فقـــد ينتفع الشخص بالشـــيء دون أن يكون مالكه كالغاصب[٢]، وإنمـــا يختص صاحب الحق دون غيره بالشيء طبقاً لمعنـــى الاســـتئثار، فصاحب حق الملكية لمنزل معين يكون له أن يختص وحـــده دون غيره بهذا المنزل[٣].

---

(١) انظر في عرض نظرية دابان بالتفصيل :

- Jean Dabin : La notion de droit dans le droit privé- thése - Paris-1931-P.30 etS,et : le droit subjectif-paris-1955.

(٢) د/ على نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٩.

(٣) د/ سعيد جبر : المرجع السابق – ص ١٤.

وهذا الاستئثار يرتبط ارتباطا وثيقا بالمال موضوع الحـــق ولا يرتبط بالإرادة[١]، ولذلك فمن الممكن أن يثبت لفـــاقدي الإرادة كالصبي غير المميز والذي ليست لديه أدنى إرادة، والاستئثار ليس هو المصلحة بل يستقل عنها إذ يوجد الحـــق إذا وجـــد الاســـتئثار والذي يعد جوهره، أما المصلحة فهي الغاية وليست الحق ذاته [٢].

وقد يرد الاستئثار على أشياء مادية قابلة للتقويم بالنقود مثل المنقولات والعقارات[٣]، كما قد يرد على أداء معين يتمثـــل فـــي صورة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[٤].

ثانيا : العنصر الشخصي : التسلط

ويعني التسلط قدرة الشخص أو سلطته في التصـــرف فـــي الشيء محل الاستئثار، لأنه طالما أن هذا الشيء يستأثر به صاحب

---

(١) د/ نزيه المهدي : المرجع السابق – ص ٢٥.

(٢) د/ محمد شوقي السيد : المرجع السابق – ص ٤٩.

(٣) سنبين معنى المنقول والعقار والفرق بينهما فيما سيأتي بخصوص ركن المحـــل في الحق.

(٤) د/ حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٢٠.

الحق فله القدرة على التصرف فيه فهو " صاحبه المتسلط عليه"[١].

والتسلط نتيجة طبيعية وحتمية للاستئثار، فمن يستأثر بمنزل معين يكون من الطبيعي بالنسبة له أن يسكنه أو يؤجره للغير أو يبيعه أو يرهنه .... الخ .

ويختلف مضمون التسلط بحسب نوع الشيء أو القيمة التي يرد عليها، فإذا ورد على شيء يملكه الفرد كان لهذا الشخص سلطات أوسع، وعلى العكس يضيق مضمون التسلط بالنسبة للقيمة المتصلة بشخص الإنسان كالحق في العمل وفي سلامة الجسم...الخ [٢].

ويعتبر مضمون التسلط بالنسبة للحق الشخصي - كحق الدائنية - مضمونا وسطا [٣].

ويؤكد الفقيه دابان على اختلاف معنى التسلط الذي يقصده عن مباشرة الحق، فالتسلط ثابت لصاحب الحق، أما مباشرة هذا التسلط فقد يكون لصاحب الحق أو لشخص آخر ينوب عنه[٤].

---

(١) د/ نزيه المهدي : المرجع سابق الذكر – ص ٢٥ ، ٢٦.
(٢) د/ سعيد جبر : المرجع السابق – ص ١٦.
(٣) د/ على نجيدة : المرجع السابق – ص ٣١.
(٤) د/ حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٢١.

ثالثا : احترام الغير للحق :

يتمتع صاحب الحق بسلطتي الاستئثار والتسلط حيث يختص دون غيره بقيمة معينة أو مال معين، ويمارس سلطته عليه بحرية، ولضمان ذلك لابد من إلزام الغير باحترام هذا الحـــق، بحيـــث لا يجوز لسائر الناس - عدا صاحب الحق - أن يعتدوا على الحـــق أو يمنعوا صاحبه من الانتفاع به أو التصرف فيه أو الاســـتفادة منـــه دون مبرر قانوني، كما يكون لصاحب الحق أن يقتضي حقه مـــن سائر الناس أو من بعضهم وهذا هو الجانب الإيجابي لاحترام الغير للحق ، بالإضافة للجانب السلبي المتمثل في عدم المساس بـــالحق، ويكون اقتضاء الحق من الغير بطريق ودي أو بطريق قضائي(١).

رابعا : عنصر الحماية القانونية :

لضمان احترام الغير للحق لابد - في نظـــر دابـــان - مـــن وجود عنصر الحماية القانونية للحق، والذي يتمثـــل مـــن الناحيـــة العملية في وجود دعوى قضائية تكفل حماية الحق عنـــد الاعتـــداء عليه، وليس معنى ذلك كما يقول دابان اختلاط الحق بالدعوى ذلـــك لأنه يوجد بعض الدعاوي التي لا تستند إلى حق كدعاوي وضــــع

---

(١) د/ حسام لطفي : ص ٢٢

اليد التي تحمي واضع اليد من صاحب الحق نفسه ومن الغير، أيضاً يؤكد دابان على أن الحق في الدعوى ينفصل عن موضوعها إذ يستطيع رافع الدعوى صاحب الحق أن يتنازل عن دعواه أو يمتنع عن إقامتها أساساً دون أن يؤثر ذلك على وجود الحق الموضوعي[١].

وجدير بالذكر أن الدعوى - أو الدفع - وسيلة حماية الحق في العصر الحديث حيث ظهرت الدولة بما لها من سيادة وسلطة لا يتمشى معها أن يترك للأفراد اقتضاء حقوقهم بوسائلهم الخاصة، بل يجب على صاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء طلبا لحماية حقه في حالة الإعتداء عليه .

هذه هي عناصر الحق لدى الفقيه دابان، فهل صادفت نظريته في تعريف الحق قبولا في الفقه ؟

بادئ ذي بدء نقرر أن تعريفات الحق طبقا للمذهب المختلط لم تكن بمنأى عن النقد وإنما وجه إليها كل الانتقادات التي وجهت للمذهب الشخصي والمذهب الموضوعي في تعريف الحق ولذلك نحيل هنا إلى ما ذكرناه في هذا الشأن منعا للتكرار [٢].

---

(١) د/ سعيد جبر : المرجع السابق – ص ١٩.
(٢) راجع ما سبق : ص ٢٩ وما بعدها .

*** نقــد النظريـــــة :**

لم تكن نظرية دابان أكثر حظا من النظريات التي سبقتها إذ صوبت إليها سهام النقد وذلك من عدة زوايا أهمها ما يلي [١].

١- أن كل عناصر الحق التي أوردها دابان يمكن ردها جميعا إلــى عنصر واحد وهو عنصر الاستئثار، لأن الاســـتئثار يقتضـــي التسلط حتما، والاستئثار والتسلط يتطلبان بـــالضرورة احـــترام الغير للحق وذلك عن طريق الحماية القانونية .

٢- أن موقع الإرادة غير واضح في تعريف دابان للحق[٢]، لأنــــه يرى أن التسلط يعني سلطة التصرف بحرية في محل الحـــق، وهو يختلف عن مباشرة الحق بالفعل، ومن ثم فإن عديم الأهلية له سلطة التصرف نظريا ولكنه لا يمارسها من الناحية

---

(١) انظر تفصيلا في هذه الانتقادات :
د/ أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون – الكتاب الثاني – دار الفكر العربي – ١٩٧٤ – بند ٧٨، د/ حمدي عبد الرحمن : الحقوق والمراكـز القانونيــة : دار الفكر العربي – ١٩٧٥ – ١٩٧٦ – ص ٢٤ ، ٢٥ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق – ص ٣٢ وما يليها .

(٢) د/ حمدي عبد الرحمن : نفس الإشارة .

العملية بل يمارسها نيابة عنه نائبه القانوني، وهذا التحليل غير منطقي ويثير الحيرة إذ كيف يمكن القول أن لعديم الإرادة سلطة التصرف في حين أن هذه السلطة تقتضي الاختيار بين الفعل الإيجابي والامتناع ؟.

هذا وقد تأثر البعض في الفقه المصري في تعريفه للحق بنظرية دابان، رغم هذه الانتقادات، فمن هؤلاء الفقهاء من يورد كلمة "**الاستئثار**" صراحة في التعريف فيقول : "**الحق هو استئثار بشيء أو بقيمة استئثارا يحميه القانون** " [١] ، أو هو " **المركز القانوني الذي يتمتع صاحبه بميزة يستأثر بها ويفرض احترامها على الغير**"[٢].

وهناك من عرف الحق بأنه استئثار **شخص بميزة معينة استئثارا يحميه القانون** [٣] .

---

(١) د/ توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية – مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية – الطبعة الثانية – ١٩٨١ – ص ٤٦٣.

(٢) د/ نعمان محمد خليل جمعة : المرجع السابق – ص ٣١٧.

(٣) د/ سعيد جبر : المرجع سالف الذكر – ص ٢٣، وفي نفس المعنى : د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٤١ ، د/ سمير كامل : نظرية الحق – دار النهضة العربية – ١٩٨٦ – ص ١٧، د / حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٢٤ – ٢٥.

المطلـــب الرابـــع

" التعريـف المختار للحـق "

بعد استقراء كل التعريفات السابقة للحق، والنقد الذي وجـه إلى كل منها، نحاول من جانبنا أن نضع تعريفاً للحق راعينا فيه أن يكون جامعاً مانعاً، أي يجمع بين طياته كل أفراد الشيء المعـروف، ويمنع دخول شيء آخر عليه أو اختلاط الشيء المعـرف بغـيره، ومن سمات التعريف الجيد أن يكون جامعاً مانعاً .

وبالاستئناس بهذا المعيار، وبالتعريفات التي قال بها الفقـه نستطيع أن نعرف الحق على الوجه الآتي :

الحق : " ميزة يقررها القانون لشخص معين على شـيء محدد أو قيمة مالية معينة تخوله الاستئثار بهذا الشيء أو بتلـك القيمة في حدود القانون ".

فالحق ميزة أو مكنة ولكن القانون هو الذي يقررها ويرسـم حدودها، وهذه المكنة محلها إما شيء محدد أو قيمة ماليـة معينـة مثل حق الدائنية ويكون للشخص الاختصاص والاستئثار وحده بهذه المكنة ولكن في الحدود التي يضعها القانون.

ويلاحظ أننا لم نذكر عنصر الحماية القانونيـة أو احـترام الغير للحق، ذلك لأن القانون طالما اعترف بحق لشخص ما، فإنـه

يوجب على الغير عدم التعرض له، فضلا عن أنه يضع تحت يد صاحب الحق الوسائل الكفيلة بالمحافظة على حقه وإلا كان الحق لغوا لا طائل منه، وقد تلافينا ذكر عنصر الحماية القانونية في التعريف أيضا لأننا نرى أن الحماية القانونية تترتب على وجود الحق، فهي نتيجة من نتائج اعتراف المشرع بالحق وتأتي في مرحلة لاحقة على وجود الحق فلا يصح - في نظرنا - أن يشملها تعريفه .

أيضا لم نذكر فكرة المصلحة في التعريف لأنها تمثل هدف الحق وغايته ولا يجوز أن نعرف الشيء بغايته وهدفه وإنما يكون تعريف الشيء بجوهره ومضمونه.

ويلاحظ أخيرا أننا حرصنا على إيراد عبارة " **في حدود القانون** " وذلك تعبيرا عن ضرورة تقييد الحق بالحدود التي يضعها المشرع وبالقيود التي يوردها على ممارسته حتى يؤدي الحق وظيفته الاجتماعية ولكيلا يصبح وبالا على المجتمع ومصدرا للإضرار بالغير.

والآن وبعد أن فرغنا من تعريف الحق، ننتقل إلى بيان أنواعه المختلفة وذلك من خلال الفصل التالي .

الفصل الثاني
" أنواع الحقوق "

بعد تعريف الحق ، نتطرق إلى معرفة أنواع الحقوق وتقسيماتها، وذلك قبل أن ننتقل لدراسة أركان الحق ، إذ تعتبر معرفة أنواع الحقوق مقدمة ضرورية ولازمة لإيضاح أركان الحق، حيث أن بعض جوانب دراسة أركان الحق تفترض العلم بأنواعه وتقسيماته المختلفة .

وقد جرت عادة الفقه على تقسيم الحقوق إلى قسمين كبيرين: حقوق سياسية وحقوق غير سياسية أو مدنية، وبعد ذلك يقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، والأخيرة تنقسم بدورها إلى قسمين حقوق الأسرة والحقوق المالية، وتتفرع الحقوق المالية هي الأخرى إلى ثلاثة أنواع : حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق أدبية[١].

ونحن نفضل الأخذ بتقسيم آخر قال به البعض[٢]، تقسيم

---

(١) انظر في تقسيمات الحقوق بالتفصيل : د/ حسن كيرة : المرجع السابق بند ٢٣١.

(٢) قال بهذا التقسيم : د/ فتحي عبد الرحيم : دروس في مقدمة العلوم القانونية – نظرية الحق – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٧٨ – ص ٢٨، ص ٢٩.

الحقوق إلى قسمين كبيرين وهما : الحقوق المتعلقـــة بالمعـــاملات المالية ثم الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية بدلا من تقســيمها إلى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية، ذلك لأن التقسيم الذي نقول به يضم في طياته كافة الحقوق التي لا تكون محـــــلا للتصرفـــات المالية كالبيع تحت مسمى الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات الماليــة حتى وإن نتج عنها بعض الآثار المالية، أمـــا الحقـــوق المتعلقـــة بالمعاملات المالية فهي تضم كافة الحقوق التي يمكن تقويمها بالنقود وتدخل في دائرة التعامل ويجوز أن تصبح محلا للتصرفات المالية، ويدخل تحت هذه الطائفة بعض الحقوق المختلطة كحق الحكر الذي سيأتي الحديث عنه فيما بعد.

وعلى ذلك نتناول الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات الماليــة في مبحث أول، ونكرس المبحث الثاني لدراسة الحقـــوق المتعلقـــة بالمعاملات المالية، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول

" الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية "

*** تعريفها وأنواعها :**

الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية هي " تلك الحقـــوق التي لا تكون محلا للتصرفات المالية كالبيع، والتي تثبت للشـــخص

باعتباره فردا في الدولة أو باعتباره إنسانا وللمحافظة على ذاته وحريته، أو بوصفه عضوا في أسرة معينة ".

وقد ينتج عن بعض هذه الحقوق آثار مالية مثال ذلك أن حق البنوة وهو من الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية يمكن أن يرتب حقا في الميراث، إلا أن حق البنوة هذا لا يباع ولا يشترى.

ويتضح من تعريف الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية أنها تشمل ثلاثة أنواع وهي : الحقوق السياسية ، والحقوق العامة (أو اللصيقة بالشخصية) ، وأخيرا حقوق الأسرة ، وسنخصص مطلبا لكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة .

المطلب الأول

" الحقوق السياسية "

نبدأ بتعريف الحقوق السياسية وبيان أهم أنواعها، ثم نوضح خصائصها على الوجه الآتي :

(أ) تعريف الحقوق السياسية وأهم أنواعها :

يقصد بالحقوق السياسية " تلك الحقوق التي تمنح للفرد باعتباره مواطنا في الدولة أو عضوا في جماعة سياسية معينة بهدف الاشتراك في شئون الحكم وفي إقامة النظام السياسي لتلك الدولة أو الجماعة "(١).

فهي إذن حقوق تمنح للشخص باعتباره شريكا في إقامة النظام السياسي للجماعة (٢) وتهدف إلى حماية المصالح السياسية للجماعة (٣).

ويتولى القانون العام وعلى الأخص القانون الإداري، والقانون الدستوري تقرير هذه الحقوق وكيفية ممارستها، ولذا فإن دراستها بالتفصيل تندرج تحت دراسة نظم القانون العام .

---

(١) د/ محمود عبد الرحمن محمد : المدخل إلى القانون – الجزء الثاني – نظرية الحق – ١٩٨٥ – ص ٤٦.

(٢) د/ جميل الشرقاوي : دروس في أصول القانون – المدخل لدراسة القانون – دار النهضة العربية – ١٩٨٢ – ص ٢٤٨.

(٣) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٢٩.

ومن أهم الحقوق السياسية وأبرزها في العصر الحديث ما يلي :

١ - **حق الانتخاب** : وهو حق الفرد في اختيار من ينوبون عنه في تولى السلطات العامة في الدولة وإدارة شئون الحكم، وذلك عن طريق التصويت، حيث يختار الشخص من ينوب عنه في إدارة شئون الدولة بما في ذلك تولي السلطات العامة، كاختيار أعضاء مجلس الشعب الذين ينوبون عن المجتمع في وضع القوانين والتشريعات اللازمة لإدارة شئون الدولة بما يحافظ على المصلحة العامة ويحقق مصلحة الأفراد في ذات الوقت .

٢- **حق الترشيح** : وهو حق الشخص في أن يتقدم إلى هيئة الناخبين في الدولة لاختياره نائبا عنهم في المجالس النيابية ، وفي تولي السلطات العامة في الدولة .

٢- **حق تولي الوظائف العامة** : أي حق الشخص في أن يشغل وظيفة في الدولة تجعله يشارك في أداء مهام الدولة، ويعمل على تحقيقها، وسواء أكانت الوظيفة مدنية أم عسكرية وأيا كانت درجة وأهمية الوظيفة.

(ب) خصائص الحقوق السياسيــــة :

تتميز الحقوق السياسية بالخصائص الآتية :

١- **أنها لا تثبت إلا لمواطني الدولة دون سواهم :** حيث تربط قوانين الدول بين منح هذه الحقوق والتمتع بجنسية الدولة. فيشترط أن يكون الشخص مواطنا في الدولة حتى يمكنه اكتساب هذه الحقوق.

أما من لا يحمل جنسية الدولة وهو الأجنبي فلا تمنح له هذه الحقوق والتي هي حكر على أبناء الدولة[١].

ذلك لأن هذه الحقوق تعتبر وظائف سياسية تسهم في إدارة شئون الدولة وإقامة النظام السياسي فيها، ومن ثم وجب قصرها على أفراد الدولة دون غيرهم تحقيقا لمصلحة الوطن.

٢- أنها حقوق غير لازمة للفرد، ويستطيع العيش بدونها دون أن يصيبه أي ضرر من ذلك .

---

(١) ولا يعطي منها للأجانب إلا حق تولي الوظائف في أحوال استثنائية وفي التخصصات النادرة والتي لا يوجد من يشغلها من المواطنين .

٣- لا تمنح لكل مواطني الدولة، وإنما يجب أن يتوافر في الشخص شروطا معينة لكي يتسنى له التمتع بها، مثل توافر سن معينة أو حمل مؤهل معين أو التمتع بخبرة معينة لمن يتقدم للترشيح أو لتولي الوظائف العامة .

٤- تعتبر الحقوق السياسية حقوقا وواجبات في نفس الوقت إذ هي لا تعني مجرد ميزة لصاحبها إن شاء باشرها وإن شاء أحجم، بل هي أقرب إلى الواجب أو التكليف بحيث يلتزم الفرد بأن يقوم به تحقيقا لمصالح الوطن[١].

وقد عبرت المادة ٢١ من الدستور المصري الحالي عن ذلك بقولها: " الوظائف العامة تكليف للقائمين بها ".

ويتعين من ثم على الفرد القيام بها وإلا تعرض لعقوبة جنائية في بعض الأحوال، فقانون الانتخاب يعاقب المواطن الذي يتخلف عن الإدلاء بصوته لاختيار الذين ينوبون عن أفراد المجتمع في تولي السلطات العامة في الدولة بالغرامة.

---

(١) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٣٠.

٥- الحقوق السياسية لا تتعلق بالمعاملات المالية، فلا يتصور أن تكون محلا للبيع أو التنازل عنها من جانب صاحبها، حتى وإن ترتبت عليها بعض الآثار المالية، فحق الترشيح للمجالس النيابية مثلا يترتب عليه حصول الشخص الذي ينجح في الانتخاب على بعض المميزات المالية مثل البدلات والمكافآت، ومع ذلك فهذا الحق لا يتعلق بالمعاملات المالية أصلا .

المطلب الثاني

" الحقوق العامة (حقوق الشخصية "

يلزم تعريف الحقوق العامة أو ما يسمى بحقوق الشخصية (أو حقوق الإنسان) وبيان أنواعها، وإيضاح خصائصها وهو ما سنقوم به فيما يلي :

(أ) تعريف الحقوق العامة :

يقصد بالحقوق العامة " تلك الحقوق التي تثبت للشخص بوصفه إنسانا للمحافظة على ذاته ولضمان حريته في مظاهرها المختلفة ".

فهي طائفة من الحقوق تهدف إلى إحاطة شخص الإنسان وروحه بالرعاية والاحترام الواجبين له[١]، وهي حقوق لصيقة بشخص الإنسان ولذا تسمى بحقوق الشخصية " Droits de la personnalitê وتسمى أيضاً بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان Droits de l'homme وذلك لاتصالها الوثيق بشخص الإنسان، وذلك يفرض ضرورة تحقيقها وحمايتها .

ويذكر أن القانون المدني المصري قد أشار إلى هذه الحقوق في المادة ٥٠ منه والتي تنص على أن : " **لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" [٢].**

وقد أكد المجتمع الدولي على ضرورة حماية حريات الأفراد وحقوقهم العامة، فصدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ووافقت

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٥٢ .

(٢) وكانت المادة ٤٩ قد أوضحت صورة من هذه الحقوق وهي حق الإنسان في أن يتمتع بحريته الشخصية ومنع المشرع أن يتنازل الإنسان عنها فتقول المادة ٤٩ من القانون المدني في ذلك : " ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ".

عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٥ ديسمبر ١٩٤٨، وأصبحت هناك منظمات دولية مهمتها الأولى مراقبة تطبيق الدول لحقوق الإنسان ومنها منظمة حقوق الإنسان التي تسجل أية انتهاكات تقع لحقوق الإنسان في أي مكان في العالم، وتحاول المنظمة لفت نظر الدولة إلى هذه الانتهاكات، وقد يصل الأمر إلى حد توقيع عقاب على الدولة المخالفة من الهيئات الدولية(١).

ويلاحظ أن هذه الحقوق يرد بعضها في الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة، وبعضها الآخر تتكفل بحمايته قواعد القانون الجنائي ويستخلص الفقه بعض هذه الحقوق من المبادئ العامة للقانون .

(ب) أنواع الحقوق العامة :

نظرا لتنوع هذه الحقوق وتعددها فإنه يصعب وضع قائمة بها ولكن الفقه يجري على تقسيمها إلى ثلاثة طوائف بحسب الهدف الذي ترمي إليه، ومن هذه الزاوية يمكن القول أن الحقوق العامة

---

(١) غير أن مصطلح " حقوق الإنسان " قد أصبح في الآونة الأخيرة كلمة حق يراد بها باطل لا سيما من قبل الدول الكبرى حيث اتخذت هذا المصطلح أداة لمعاقبة بعض الدول والتدخل في شئونها الداخلية، مع أن أكبر انتهاكات لحقوق الإنسان قد تم تسجيلها في بعض الدول الكبرى .

تندرج تحت طوائف ثلاثة وهي [١] :

الطائفة الأولى : الحقوق المتصلة بحماية المقومات المادية للإنسان :

وتشمل الحقوق التي تهدف إلى حماية جسم الإنسان وكيانه المادي، مثل الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد والأعضاء.

فيكون للشخص أن يدفع أي مساس بسلامة جسمه أو الاعتداء عليه من قبل شخص آخر دون حق، فيجب منع الغير من الاعتداء على جسم الإنسان أيا كانت صورة هذا الاعتداء، وهي حماية وقائية[٢].

فلا يجوز الاعتداء على الإنسان بالقتل أو الضرب أو الجرح، ومن يفعل ذلك يتعرض لعقوبة جنائية ومدنية، وليس من حق الإنسان التصرف في حياته أو جسده دون قيد أو شرط، فرضاء الشخص بأن يقتله آخر لمرضه المزمن لا يحول دون معاقبة الجاني قانونا، أيضا فإنه يحظر على الإنسان التنازل عن عضو من أعضاء جسمه إذا كان هذا يمثل خطرا على حياته أو

---

(٢)انظر على سبيل المثال : د/ أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون نظرية الحق ١٩٧٤ – ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٥٠.

على استمرار سلامته الجسدية[١] وإذا حدث مثل هذا التنازل فإنه يقع باطلا لعدم اتفاقه مع الصالح العام[٢].

وتطبيقا لذلك فإن بعض القوانين تعاقب من يحاول الشروع في الانتحار مثل القانون الإنجليزي والقانون السوداني .

ويمتد حق الإنسان في حماية جسمه إلى ما بعد الوفاة احترِاما للكرامة الإنسانية حال الحياة وحال الموت على السواء، فلا يجوز التعدي على جثته بعد مماته .

وما تقدم هو الأصل العام، إلا أنه ترد عليه بعض الإستثناءات والتي يجوز فيها للإنسان أن يتصرف في عضو من أعضاء جسمه ويسمح للغير بالمساس بكيانه الجسدي، وأهم هذه الإستثناءات ما يلي :

١- إذا تم المساس بالجسم برضاء الشخص وكان ذلك بهدف العلاج : ومثال ذلك اتفاق المريض مع الطبيب على أن يجري له عملية جراحية فهذا جائز لما فيه من تحقيق مصلحة

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٣٤.

المريض نفسه، لأن الغرض من الجراحة المتفق على إجرائها هو شفاء المريض[١].

ويلاحظ أنه إذا كانت هناك حالة ضرورة ملحة يتعذر معها الحصول على رضاء المريض أو ذوي قرباه الذين تهمهم حياته، فإنه يجوز للطبيب إجراء العملية الجراحية رغم تخلف رضاء المريض أو ذوي قرباه .

٢- كذلك يجوز للشخص التصرف في بعض دمه بالتبرع أو الهبة لإنقاذ حياة الآخرين، ويجوز له أيضا التبرع بإحدى كليتيه لصالح شخص يحتاج إليها بسبب تلف إحدى كليتيه، فمثل هذا التبرع مشروع في الحالتين لأن فيه إنقاذ لحياة الآخرين وهو ما يحقق المصلحة العامة للمجتمع ويتفق والاعتبارات الإنسانية .

---

(١) ويلاحظ أنه إذا كان الهدف من التدخل الطبي غير مشروع، فإن الاتفاق عليه مع الطبيب يقع باطلا وقد يخضع المريض والطبيب للعقوبة الجنائية : مثال ذلك اتفاق سيدة مع طبيب على أن يقوم هذا الأخير بإجراء عملية إجهاض لها، فمثل هذا الاتفاق باطل لأن هدفه غير مشروع وهو القضاء على حياة إنسان مازال في دور التكوين ، ومن ثم توقع عقوبة جنائية على هذا العمل، اللهم إلا إذا قرر الأطباء أن في استمرار الحمل خطورة شديدة على حياة الأم .

ويشترط لذلك ألا يكون في التبرع بالدم أو بأحد أعضاء الجسم خطرا على استمرار حياة المتبرع[١].

٣- وبالمثل فإنه يجوز للشخص أن يوصي بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث طبية لإجراء تجارب عليها، أو يوصي بعينيه لبنك من بنوك العيون بعد وفاته، أو يوصي بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته إلى جسم من يحتاجه من المرضى[٢].

وثمة ملاحظة هامة وهي أن القانون يبيح للشخص رد الاعتداء الواقع عليه من شخص آخر في حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ومع توافر شروط معينة في فعل الدفاع

---

(١) وتطبيقا لذلك لا يجوز التبرع بالكبد حال الحياة لما في ذلك من خطر على استمرار حياة المتبرع، في حين أنه يجوز التصرف في الأجزاء القابلة للانفصال عن جسم الإنسان دون أن يصيبه ضرر من ذلك، مثل الشعر الذي يباع لاستعماله شعرا مستعارا " باروكة " ويجوز التصرف في العضو الذي بتر في حادث بقصد زرعه في جسم الغير : في تفصيلات هذا الموضوع أنظر : د/ حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية – القاهرة – ١٩٧٥ – ص ٢٨ وما يليها .

(٢) د/ حسن كيرة : المدخل إلى القانون – منشأة المعارف بالاسكندرية – الطبعة الخامسة – بند ٢٣٢ – ص ٤٥٠.

أهمها شرطا اللزوم والتناسب أي أن يكون الفعل الذي أتاه المدافع لازما لتوقي الخطر الحال والجسيم الذي يهدده في نفسه أو في ماله بل وفي نفس الغير أو ماله في بعض الأحوال، والغرض أن الشخص لم يستطع اللجوء للسلطات العامة لحمايته من الاعتداء، ولكن يجب أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع الاعتداء، وليس مجال تفصيل القول في تلك الشروط في هذه الدراسة وإنما نحيل الطالب إلى كتب القانون الجنائي المتعلقة بهذا الموضوع(١).

ولكن الذي يعنينا هنا هو أنه في حالة الدفاع الشرعي يجوز المساس بحق الإنسان في سلامة جسمه أو بحقه في الحياة إذا توافرت الشروط القانونية، ومن ثم فإن هذا المساس يجد سنده في حق الدفاع الشرعي فهو مشروع بنص القانون تحقيقا للمصلحة العامة(٢).

---

(١) انظر على سبيل المثال فيما يتعلق بحق الدفاع الشرعي وشروطه :
أستاذنا الدكتور / محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٢ – ص ١٨٠ وما بعدها .

(٢) وليس معنى ذلك إفلات من ارتكب فعل الدفاع الشرعي من العقاب الجنائي، وإنما يكون حق الدفاع الشرعي سببا لتخفيف العقوبة فقط في الحدود التي رسمها القانون.

الطائفة الثانية : الحقوق المتصلة بحماية المقومات المعنوية للإنسان :

لاشك أن شخصية الإنسان ترتكز على مقومات مادية تشكل كيانه المادي والجسماني، وهي أيضا تضم مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر، فهذه عناصر أساسية لا تقوم شخصية الإنسان إلا بها .

لذلك فإن حماية الشخصية قد اقتضت الاعتراف للأفراد بحقوق معينة على هذه المقومات المعنوية، حماية لها من الاعتداء، ورد أي فعل يشكل مساساً بها مع حق الشخص المعتدي عليه في التعويض عن الضرر الذي أصابه[١] .

فالحقوق التي ترد على المقومات المعنوية للإنسان تهدف إلى المحافظة على كيانه الأدبي بصفة عامة، ومن أهمها ما يلي :

١- الحق في الشرف :

وهو يحمي شخصية الإنسان في جانبها الأدبي ، ويكفل للشخص الاحترام الواجب والكرامة والسمعة اللائقين به، بحيث لا يجوز للآخرين المساس بشخصية الإنسان من هذه النواحي سواء

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – بند ٢٣٢ – ص ٤٥٠ ، ص ٤٥١.

بالقذف أو السب ، وإذا حدث ذلك فإن للشخص الحق في دفع هذا الاعتداء والمطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار ، هذا بالإضافة إلى الجزاء الجنائي الذي يفرضه القانون على المعتدي[١] .

٢- الحق في السرية (ويطلق عليه أحيانا الحق في احترام الحياة الخاصة) [٢] **:**

للإنسان الحق في الاحتفاظ بأسراره الخاصة بعيداً عن العلانية ولتظل بمنأى عن التدخل والاطلاع عليها، ولذلك يحظر على الغير إفشاء أسرار شخص دون إذنه أو موافقته، خاصة إذا كان اطلاعه على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو كمحام، حيث يعاقب القانون أمثال هؤلاء إذا أفشوا الأسرار التي ائتمنهم عليها المريض أو العميل[٣]. وللشخص الحق في سرية

---

(1) Riprert (Georges) et Boulanger (Jean) : Traité élémentaire de droit civil De Planiol : Tome Premier (Principes generaux) 5 éme éd – Paris – 1950 – No. 358 – P. 158.

(٢) حول الحق في الحياة الخاصة بالتفصيل انظر مؤلفنا : الحياة الخاصة ومسئولية الصحفي – دار الفكر العربي– القاهرة – ٢٠٠١/٢٠٠٢ .

(٣) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٥١ .

–وتدق المسألة إذا كان إفشاء مثل هذا السر لازما لبراءة المتهم (العميل)، ونرى أنه حتى في مثل هذه الحالة لا يجوز للمحامي أن يفشي سر عميله إذا كان هذا الأخير قد ائتمن المحامي عليه إلا بعد إذن هذا العميل للمحامي بإفشاء سره أمام المحكمة إذ ربما يترتب على إفشاء هذا السر إصابة المتهم أو شخص عزيز لديه بضرر يفوق في جسامته العقوبة التي سيحكم بها في حالة عدم إفشاء السر، ومن ثم وجب ترك تقدير هذه المسألة للمتهم نفسه .

مراسلاته واتصالاته التليفونية استنادا إلى حقه في الاحتفـــاظ بأســـراره، ولذلك لا يجوز إفشاء سرية المراسلات أو التصنـــت علـــى المحادثـــات التليفونية للشخص، إلا في حالة قيام دلائل جدية على اتهام الشخص فـــي جناية أو جنحة وبشرط الحصول على إذن القاضي الجزئي بالقيام بـــهذه الأعمال، لما للمراسلات والاتصالات الخاصة من حرمة مقدسة .

٣- **الحق في الاسم :** يكون للشخص اسما يمـــيزه عـــن غـــيره مـــن الأشخاص ويمتنع على هؤلاء منازعته فيه أو انتحال هـــذا الاســـم، لأن للشخص حقا في التسمي باسم معين [(١)].

وسوف نفصل الكلام في هذا الحق فيما بعد.

٤- **الحق في الصورة أو الظهور بهيئة معينة :** [(٢)]

للفرد الحق على صورته أو هيئته والتي تعكس كيانه المادي وتعتبر مظهرا لشخصيته ولذا لا يجوز عرض أو نشـــر صـــورة شخص دون إذن منه إلا في حالات استثنائية، كأن يتم ذلك بمناسبة حوادث وقعت علنا[(٣)].

---

(1) Ripler et Boulanger : OP. Cit- P. 158.

(٢) حول الحق في الصورة بالتفصيل راجع مؤلف أستاذنا الدكتور / ســـعيد جـــبر : الحق في الصورة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٦ .

(٣) د/ حسن كيرة : ص ٤٥٢.

٥- حق الشخص على إنتاجه الذهني أو ما يعرف باسم الحق المعنوي للمؤلف :

حيث يكون للشخص الحق على ما تجود به قريحته من أفكار، على أساس أن تلك الأفكار تعبر عن شخصيته وتعتبر امتدادا لها، ومن ثم فهي ترتبط بشخصه ولا تنفصل عنه حتى لو تنازل عن احتكار استغلالها ماليا للغير (١).

وسوف نعود لدراسة هذا الحق بالتفصيل فيما سيأتي لاحقا :

الطائفة الثالثة : الحقوق المتصلة بنشاط الشخصية :

وهي تلك التي تهدف إلى تمكين الشخص من أداء دوره في الحياة ومزاولة نشاطه، وتشمل الحريات الشخصية أو الرخص العامة مثل حرية التنقل، وحرية التفكير وحرية التملك، وحرية المسكن وحرمته، وحرية التعاقد، وحرية التجارة ، وحرية اختيار العمل، وحرية العقيدة (٢)، وغيرها من الحريات الأخرى التي تتقرر للشخص، ومن ثم فإن كل اعتداء على هذه الحريات يرتب

---

(1) Ripert et Boulnger : OP. Cit- P, 158.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية – الطبعة الثانية – بند ١٦٣ مكرر – ص ٢٦٦.

المسئولية المدنية وربما الجنائية أيضا للمعتدي .

وبمناسبة هذه الطائفة الثالثة عارض البعض التقسيم السابق للحقوق العامة، وذلك لأنه يشمل في نظره بعض الرخص والحريات التي لا ترقي لمرتبة الحق ويعترف لها بصفة الحق ، في حين أن مفهوم الحق بمعناه الدقيق لا يشملها، خاصة تلك الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية حيث لا تعد في نظر هذا الرأي حقوقا بالمعنى الصحيح، لأنها تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستئثار والانفراد، ويمكن حماية شخصية الإنسان بمقوماتها المذكورة بالاستناد لفكرة المسئولية التقصيرية دون إضفاء صفة الحقوق على كل هذه المقومات حيث أن غالبيتها لا يعتبر حقا بالمعنى الصحيح طالما لم يقع اعتداء عليها(١).

وفي رأينا لا يصح أن يكون للشيء الواحد طبيعيتين، مختلفتين في ذات الوقت، فلا يكون صحيحا وصفه بأنه مجرد رخصة أو حرية قبل الاعتداء عليه، وأنه يشكل حقا بعد الاعتداء عليه ، فهو يعتبر رخصة أو حق بصرف النظر عن وقوع الاعتداء ولا يمكن أن تتغير طبيعته بحسب وقوع الاعتداء أو عدم وقوعه،

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – بند ٢٣٣ – ص ٤٥٣ وما بعدها .

فتلك واقعة خارجة عن جوهر الشيء، فضلا عن أن المنطق يقتضي وجود الحق قبل الاعتداء عليه، **وإلا فعلى ما ذا يقع الاعتداء** ؟ لذا فإننا لا نجاري هذا الرأي فيما ذهب إليه، ونؤيد في ذات الوقت تقسيم الحقوق العامة إلى طوائف ثلاث حسبما تقدم ، ولأن ما يقال عنه حرية أو رخصة هو في جوهره حق أو على الأقل ينشئ حقا فحرية العمل ينشأ عنها حق الإنسان في العمل وهو حق خاص لمن يشغل وظيفة أو عمل معين .

(جـ) خصائص الحقوق العامة :

تتميز الحقوق العامة أو حقوق الشخصية بالآتي :

١- أنها تثبت لكل إنسان بصرف النظر عن جنسيته أو لونه، فهي تتقرر له بوصفه إنسانا، غير أن ذلك لا يمنع من تقييد هذه الحقوق بالنسبة للأجانب في بعض الأحيان مثل تقييد حرية العمل بالنسبة لهم، ولكن يجب ألا يصل الأمر إلى حد مصادرة الحق وإنما فقط تقييده[١].

---

(١) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٥٣.

٢- أنها حقوق ملازمة للشخصية لا تنفك عنها، وتنقضي بانقضاء الشخصية أي بموت الإنسان فلا تنتقل بعد موته إلى ورثته .

٣- هي حقوق غير مالية أى لا تقوم بمال، ولهذا تخرج عن دائرة التعامل فلا يجوز التصرف فيها ، بأية صورة من صور التصرفات(١)، كما لا يجوز الحجز على هذه الحقوق استيفاءا لدين على الشخص .

٤- هذه الحقوق لا تسقط بعدم استعمالها مدة من الزمن، كما لا يصح اكتسابها بمضي الزمن وهو ما يعرف باسم التقادم المكسب(٢).

ولكن تجب ملاحظة أن هذه الخصائص المتقدمة ليست مطلقة فإذا كانت الحقوق العامة ضمن طائفة الحقوق غير المالية إلا أنها ترتب بعض الآثار المالية أحيانا، فالاعتداء عليها يولد لأصحابها حقا في التعويض وهو حق مالي، وقد قررت المادة

---

(١) إلا أنه تجب ملاحظة جواز تصرف الإنسان في بعض دمه أو أحد أعضائه حال حياته وذلك على سبيل التبرع دون أن يعد ذلك ممنوعا على النحو السالف بيانه.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق - بند - ٢٣٤ - ص ٤٥٦.

٥٠ من القانون المدني المصري الحق في التعويض في حالة الاعتداء على حق من حقوق الشخصية (١).

أيضا فإنه يجوز التصرف في بعض هذه الحقوق أحيانا، ومن ذلك جواز الترخيص للغير في استعمال الاسم كإسم أدبي مستعار أو كاسم تجاري، أو إذن الشخص لكاتب روائي في إطلاق اسمه على بعض شخصيات رواياته أو مسرحياته (٢).

كذلك قد يكون لمضي المدة أثره – على سبيل الاستثناء – في تأكيد اكتساب بعض حقوق الشخصية وحمياتها، وتطبيقا لذلك فإن القضاء الفرنسي يأخذ في اعتباره استعمال اسم أدبي مستعار مدة طويلة لتأكيد أحقية صاحبه في استعماله وحمايته، بحيث لا يجوز لمن يطابق اسمه الحقيقي هذا الاسم المستعار، أن يطالب بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له خلال هذه المدة الطويلة(٣).

هذا فضلا عن أن ورثة المؤلف يخلفونه – على سبيل الاستثناء – في بعض السلطات التي يمنحها الحق المعنوي للمؤلف حماية لهذا الحق(٤).

---

(١) أما المادة ٥١ فقد قررت الحق في التعويض عند المنازعة في استعمال الاسم بلا مبرر، وانتحال الاسم دون وجه حق .

(٢) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٣٦.

(3) Mazeaud : Leçons de droit civil-t.I-1956 – PP. 551, 552.

(٤) د/ حسن كيرة : ص ٤٥٨.

المطلب الثالث
" حقوق الأسرة "

يقصد بحقوق الأسرة : **تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة وتختلف باختلاف مركزه فيها"**[١].

فهذه الحقوق تهدف إلى تنظيم علاقة الفرد بغيره من أفراد أسرته فتحفظ بذلك تماسك الأسرة باعتبارها أساس المجتمع[٢].

والأسرة هي مجموعة من الأفراد تربط بينهم صلة القرابة سواء أكانت قرابة نسب أم قرابة مصاهرة[٣]. ومن أمثلة حقوق الأسرة حقوق أو سلطات الأب في مواجهة أبنائه من تأديب وتهذيب، وفي المقابل حقوق الأبناء في مواجهة أبيهم، وحقوق

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : دروس في أصول القانون – المرجع السابق – بند ٩٣ – ص ٢٥٣.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق – الطبعة الثانية – ١٩٦٥ – ص ١٧.

(٣) تنص المادة ١/٢٣ من القانون المدني على أن : " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه " وتضيف في فقرتها الثانية : " ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " وأوضحت المادة ٢٥ أن القرابة نوعان : قرابة مباشرة، وقرابة حواشي .

الزوج على زوجته مثل حق الطاعة، وبالمثل حقوق الزوجة على زوجها مثل حقها في الإنفاق عليها وإيوائها[١].

وبصفة عامة فإن كل الحقوق التي تنظمها القواعد القانونية الخاصة بالزواج والبنوة والولاية على الأبناء والنفقة بين الأقارب تعتبر من حقوق الأسرة .

وينظم القانون المدني في البلاد الأجنبية خاصة الأوربية هذه الحقوق، أما في مصر فقد اقتصر القانون المدني على تنظيم المعاملات المالية تاركا تنظيم حقوق الأسرة للشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى خاصة الشريعة المسيحية، نظرا لظروف مصر الخاصة[٢]، إلا أن هناك بعض الأحكام يخضع لها الجميع على السواء المسلم وغير المسلم، وهي الأحكام المتعلقة بالأهلية

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق - بند ٩٢ - ص ٢٥٣ ، ص ٢٥٤.

(٢) ويشترط لتطبيق شريعة غير المسلمين من المسيحيين واليهود في مصر ثلاثة شروط وهي : ١- اتحاد الأطراف في الملة والطائفة. ٢- أن يكون لأطراف النزاع قضاء ملي منظم وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. ٣- عدم تعارض الشريعة الخاصة مع النظام العام المصري، حول هذه الشروط تفصيلا راجع مؤلف الزميل الدكتور / أحمد هيكل : أحكام الأسرة عند المصريين غير المسلمين - دار النهضة العربية - بنى سويف - ٢٠٠٢ م.

وما يتصل بها من ولاية ووصاية وغيرها[١].

*** خصائص حقوق الأسرة :**

تتميز حقوق الأسرة بالآتي :

١- أنها تشكل حقاً لصاحبها وتعتبر واجباً عليه في ذات الوقت، فهي لا تمنح للشخص لمجرد تحقيق ميزة له، بل تتقرر لمصلحة الأسرة في مجموعها كخلية اجتماعية، ومن ثم تعتبر تكليفاً على الشخص يجب عليه القيام به[٢].

فسلطة الأب في تأديب أبنائه وتربيتهم تعد حقاً للأب على أبنائه، وفي نفس الوقت هو تكليف أو واجب على الأب يتعين عليه أن يقوم به[٣]، كذلك فإنه مثل ما يكون للزوج من حق الطاعة على زوجته فعليه كذلك واجب إيوائها والإنفاق عليها في حدود قدرته المالية[٤].

---

(١) د/ عبد المنعم فرج الصده : نظرية الحق في القانون المدني الجديد – دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة – ١٩٤٩ – بند ١٧ – ص ٢٠.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٤٦ ، د/ محمود جمال الدين زكي – المرجع سابق الذكر – ص ٢٦٨.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ١٨.

(٤) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٥٦.

فحقوق الأسرة إذن تقابلها واجبات في نفس الوقــت تلقــى علــى عاتق صاحب الحق تحقيقا للمصلحة المشتركة للأسرة، بــل وأحيانا تحقيق مصلحة الطرف الآخر الذي يخضع لسلطة صــاحب الحق، فمثلا لا تتقرر سلطة الأب على أبنائه وحقه فـــي تأديبــهم لمصلحة الأب الشخصية بل لمصلحة هؤلاء الأبناء أنفسهم[١] .

٢- هي حقوق لا تقوم بمال أي غير مالية ومن ثم تخــرج عــن دائرة التعامل فلا يصح التصرف فيها ولا الحجز عليها، كمــا أنها لا تنتقل إلى الورثة، مثلها في ذلك مثل الحقوق السياسـية أو العامة[٢].

٣- كما أنها لا تكتسب بمضـــي المــدة ولا تســقط كذلــك بعــدم الاستعمال فمهما طالت الفترة التي لم يستعمل فيها الزوج حقــه في الطاعة على زوجته، فإن مثل هذا الحق يظل قائما للــزوج ولا يسقط عنه طالما بقيت علاقة الزوجية قائمة ما لم يكن هناك سبب قانوني لسقوط هذا الحق عنه، كأن يعجز الزوج عن تدبير المسكن المناسب الذي تأمن فيه الزوجة على نفسها وحياتها .

---

(١) د/ توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية – القاهرة – ١٩٨١ – ص ٢٨٤، ص ٢٨٥.

(٢) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٣٩.

بيد أنه ولئن كانت حقوق الأسرة غير مالية، إلا أنه قد ينشأ عنها بعض الآثار المالية مثل الحق في الميراث والذي يعتبر حقا ماليا، وهذا الحق يخرج من نطاق حقوق الأسرة ليدخل ضمن مكونات الذمة المالية .

أيضا فإنه في حالة الإعتداء على أى حق من هذه الحقوق يكون لصاحب الحق أن يطالب المعتدي بالتعويض، والحق في التعويض من الحقوق المالية ، ومع ذلك يظل الحق الأصلي وهو حق الأسرة والذي اعتدى عليه محتفظا بطبيعته غير المالية[١].

وبهذا ينتهي حديثنا حول الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية، وننتقل الآن لدراسة الحقوق المتعلقة بالمعاملات المالية .

---

(1) Ripert, Boulanger et Planiol : Op. Cit – No 360 – P. 158.

المبحث الثاني
" الحقوق المتعلقة بالمعاملات المالية "

على عكس الحقوق السابق دراستها، فإن الحقوق المتعلقة بالمعاملات المالية هي تلك الحقوق التي يمكن تقويمها بالنقود، فهي تدخل في دائرة التعامل ويصح التنازل عنها أو التصرف فيها، وتنتقل إلى الورثة، كما تكون قابلة للحجز عليها من جانب الدائنين، وأخيرا فهي قد تكتسب أو تسقط بالتقادم كقاعدة عامة .

وتشمل هذه الحقوق العينية، والحقوق الشخصية وبجانب هذين النوعين يوجد نوع ثالث ذو طبيعة مختلطة ونقصد بذلك الحقوق الذهنية أو الأدبية مثل حق المؤلف.

وسوف نقوم بدراسة كل نوع من هذه الحقوق الثلاثة في مطلب مستقل.

المطلب الأول
" الحقوق العينية "

تعريف الحق العيني :

الحق العيني سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص على شيء مادي يستطيع بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية معينة فيه، كحق

الملكية مثلا[١].

فالحقوق العينية تشترك جميعها في أنها تمثـل اسـتئثار يتقـرر لشخص معين على شيء مادي معين أو على قيمة ماليـة معينـة، ويستطيع هذا الشخص أن يقوم بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء أو الإفادة منه تحقيقا لمصلحة يقرها القانون، ودونما حاجة إلى تدخـل شخص آخر ، فالمالك مثلا يستطيع أن يباشر سلطاته على الشـيء المملوك له دون توقف على تدخل أو وساطة شخص آخر[٢].

ولكي يوجد الحق العيني لا بد من أن تتوافـر مقوماتـه أو عناصره الآتية :

١- **صاحب الحق** : حيث لا يوجد حق بغير صاحب .

موضوع الحق أي الشيء الذي يرد عليه الحق العينـي : والذي يجب أن يكون ماديا، أي له كيان ظاهر يستطيع الإنسـان أن يدركه بحواسه، فالحقوق العينية لا ترد على الأمور المعنوية التـي

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - بند ١٦٥ - ص ٢٦٩.
(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٢٠.

لاتدركها الحواس[١]. كما يجب أن يكون الشيء معيناً بذاتـــه فــلا يكفي أن يكون محدداً بنوعه أو بصنفه أو بمقداره[٢].

٢- **مضمون الحق العيني :** وهي السلطة التي يخولـــها الحـــق لصاحبه على الشيء موضوع الحق، وتختلف هـــذه السـلطة باختلاف الحقوق العينية فتبلغ أقصاها بالنسبة لحـــق الملكيـــة وتكاد تكون تامة، ولكنها تضيق بالنســـبة للحقـــوق العينيـــة الأخرى .

ويشترط أن تكون هذه السلطة قانونية أي يقرهـــا القـــانون لصاحب الحق ، فلا يكفي أن تكون سلطة واقعية، فسارق الشـــيء مثلا له سلطة عليه، ولكنه لا يستطيع كسب حق عيني على الشـــيء بموجب تلك السلطة الواقعية، إذ لابد وأن تكون سلطة قانونيـــة أي

(١) عكس ذلك أنظر : د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق - هامش رقم ١ - ص ٢٥٥، حيث يرى أن الأشياء غير المادية يمكن أن تصلح محلا للحـــق العينـــي كحق المؤلف " ولكن تجب ملاحظة أن حق المؤلف لا يكون حقـــا عينيـــا ذات قيمة مالية إلا إذا اتخذ مظهرا خارجيا ملموسا أما قبل ذلك فهو مجرد حق أدبـــي لا يرقى لمستوى الحقوق العينية .

(٢) د/ الصدة : المرجع السابق - بند ٢٢ - ص ٢٤.

يعترف بها القانون(١). ولكن قد يحمي المشرع هذه السلطة الواقعية في بعض الأحيان تحقيقا لاعتبارات خاصة ومثال ذلك الاعتراف لمن يقوم بغصب قطعة أرض ويستمر حائزا لها لمدة طويلة بملكيته لهذه الأرض إذا توافرت الشروط الأخرى المقررة في القانون وهذا ما يعرف باسم التقادم المكسب(٢).

كما يجب لنشوء الحق العيني أن تكون السلطة القانونية مباشرة على الشيء بحيث يكون لصاحبه أن يستفيد بالشيء مباشرة دون وساطة شخص آخر، فالمستأجر مثلا له سلطة قانونية على الشيء المؤجر ولكنه لا يستطيع ان يمارس تلك السلطة إلا بواسطة المؤجر ومن ثم فهو ليس بصاحب حق عيني على الشيء.

بعد هذا التعريف للحق العيني، نقول أن الحقوق العينية تتفرع إلى قسمين : حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية، وسنتولى بيان ذلك من خلال فرعين ، على أن نختم الحديث بإيضاح مميزات الحق العيني في فرع ثالث .

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٢١.

(٢) راجع حول الحيازة كسبب لكسب الملكية رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه بعنوان : " **الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية – دراسة مقارنة** " – والمقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩١.

الفـــرع الأول
" الحقوق العينيــة الأصليــة "

يقصد بالحقوق العينية الأصلية تلك الطائفة من الحقوق التي تقوم بذاتها، دون أن ترتكز على وجود حق آخر[١]. وهذه الحقــوق تمنح أصحابها كل السلطات المتصورة على الأشياء المادية محلــها كقاعدة عامة. غير أن تلك السلطات وإن كانت تبلغ مداها بالنســبة لحق الملكية إلا أنها تضيق بالنسبة لباقي الحقوق العينية الأصليــة الأخرى.

وقد نظم المشرع المصري هذه الحقوق في الكتاب الثــالث من القسم الثاني من القانون المدني أي فــي المــواد مــن ٨٠٢ - ١٠٢٩ من هذا القانون، وتنحصر تلك الحقوق في أربعة وهي حـق الملكية، حق الانتفاع وما يتفرع عنه، وحق الحكر، وأخيرا حقــوق الارتفاق.

وسنوضح المقصود بكل من هذه الحقــوق تباعــا حســب الترتيب المذكور:

---

(١) د/ أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون – الكتاب الثــاني " مقدمــة القــانون المدني " أو نظرية الحق " – دار النهضة العربيــة – القــاهرة – ١٩٧٤ – ص ١٥٥.

" أولا : حـــق الملكيـــــــــة "

تنص المادة ٨٠٢ من القانون المدني علـــى أن : " لمـــالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ".

ومن هذا النص يتضح أن حق الملكية هو ذلك الحق الـــذي يمنح صاحبه سلطة مباشرة على شيء معيـــن بـــالذات، يســتطيع بموجبها استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه في حدود ما يقضي به القانون.

ويعتبر حق الملكية أهم الحقوق العينية الأصلية وأوســـعها نطاقا بل إن باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى تتفرع من حـــق الملكية.

ويعطي حق الملكية لصاحبه جميع السلطات المتصورة على الشيء، فضلا عن أن له خصائص لا تتوافر لسواه، ويتخذ إحـــدى صورتين وذلك على النحو الآتي :

(أ) سلطات (مكنات) حق الملكيـــــة :

تتسع السلطات أو المكنات التي يمنحها حق الملكية لصاحبه إلى أبعد مدى، فطبقا لنص المادة ٨٠٢ من القانون المدني يكـــون لمالك الشيء سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وذلك علــى التفصيل التالي :

١- مكنة استعمال الشيء : " Usage"

يقصد بالاستعمال استخدام الشيء والإفـــادة منــــه بطريقـــة مباشرة وفقا لطبيعته، فاستعمال السيارة يكون بركوبها، واســـتعمال المنزل يكون بسكناه.

وتتميز مكنة الاستعمال ، بأن المالك يستفيد بموجبـــها مـــن الشيء مباشرة دون وساطة أحد[1].

٢- مكنة استغلال الشيء : " Jouissance "

وتعني الإفادة من الشيء بطريــــق غـــير مباشــر وذلـــك بالحصول على ثماره دون المساس بجوهره[2].

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - ص ٢٦.
(٢) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق - ص ٤٢.

والثمار هي ما ينتج عن الشيء من فوائد أو منافع بصفة دورية دون مساس بجوهر الشيء، وهى نوعان: ثمار مادية وهي التي تنتج عن الشيء ذاته إما بفعل الطبيعة ودون تدخل الإنسان كالكلأ في الأرض وصوف الأغنام ونتاج المواشي وتسمى بالثمار الطبيعية أو بفعل الإنسان وجهده كحاصلات الأرض الزراعية وتسمى بالثمار المستحدثة في هذه الحالة (١).

وهناك أيضا الثمار المدنية أو القانونية وهي عبارة عن ريع الشيء وما يدره من دخل نقدي في مقابل انتفاع الغير به، كأجرة المنزل أو أجرة الأرض الزراعية التي يحصل عليها المالك مقابل تأجير المنزل أو الأرض لشخص آخر، ومثال ذلك أيضا فوائد السندات وأرباح الأسهم، ويسمى الحصول على الثمار في الحالة الأولى بالاستغلال المباشر، وفي الحالة الثانية يكيف على أنه استغلال غير مباشر (٢).

---

(١) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٦٠، ص ٦١ . والثمار بهذا المعنى الوارد، في المتن تختلف عن المنتجات والتي هي ما ينتجه الشيء في غير أوقات دورية أو تقتطع جزءا من أصله " كالأحجار التي تستخرج من أرض لم تعد لأن تكون محجرا، أو الأشجار التي تقتطع من غابات لم تعد لهذا القطع : أنظر في هذه التفرقة بين الثمار والمنتجات : د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق هامش رقم ٣ – ص ٢٧٣.

(٢) د/ عبد الرازق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – جزء ٨ حق الملكية – بند ٣٠٢.

وإذا كان ما تقدم هو مفهوم الاستغلال السائد في الفقـــه، إلا أن بعض الفقهاء يقصرون مكنة الاستغلال على الحالة الثانية فقـط وهي التي يستفيد فيها المالك من الشيء بطريق غير مباشر عـــن طريق تدخل شخص آخر كقيام المـــالك بتـأجير الأرض للغـير للحصول على أجرتها، ولذا فإن هؤلاء الفقهاء يعرفون الاســتغلال كأحد مكنات حق الملكية بأنه " **العمل الذي يــؤدي بالمـــالك إلـــى الإفادة من شيئه لا عن طريق استعماله بنفسه ولكن عن طريـــق قيام شخص آخر بهذا الاستعمال في نظير أن يدفع له مقابله**(١).

ونعتقد أن ما ذهب إليه هذا الرأي الأخـــير هـــو الأولـــى بالاتباع، ذلك لأن الحصول على ثمار الشيء مباشرة وهو ما يسمى بالاستغلال المباشر، يختلط بمكنة الاستعمال بل ويدخل في نطاقـها، فزراعة الأرض والحصول على ثمارها تعد أيضا استعمالا للشيء، ولذا يجب قصر مفهوم مكنة الاستغلال على تلك الحالة التي لا يتـم الحصول فيها على ثمار الشيء مباشرة، وإنما بواسطة شخص آخر تمييزا لمكنة الاستغلال عن مكنة الاستعمال .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٢٧٤ ، د/ عبد الفتاح عبـد الباقي : المرجع السابق – ص ٢٦ ، ص ٢٧، د/ الصدة : المرجع الســـابق – ص ٣٦.

٣- مكنة التصرف في الشيء " Disposition "

وتعني تسلط المالك على كيان الشيء ووجوده و التحكم في مصيره، والتصرف نوعان : مادي وهو تناول مادة الشيء بالتغيير أو التعديل أو الإتلاف، فللمالك أن يقضي على مادة الشيء كلية كهدم المنزل أو إحراق الأوراق، كما يجوز له أن يغير في شكل الشيء أو في صورته كتحويل الدقيق إلى خبز، أو إقامة بناء على قطعة أرض فضاء[١].

وإلى جانب ذلك هناك التصرف القانوني والذي بموجبه يقوم المالك بنقل سلطاته كلها أو بعضها على الشيء لشخص آخر[٢] ، كأن يبيع الشيء أو يهبه للغير فتزول سلطاته كلها على الشيء وتنتقل إلى المشتري أو الموهوب له ، أو يرتب على الشيء حق ارتفاق أو انتفاع أو رهن فتزول بعض سلطاته على الشيء لصالح صاحب أيا من هذه الحقوق .

والتصرف في الشيء هو الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى .

---

(١) د/ الصدة : المرجع السابق – ص ٣٦.
(٢) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٢٦٥.

(ب) خصائص حق الملكيـــة :

يتميز حق الملكية ببعض الخصائص التي تميزه عن غـــيره من الحقوق العينية الأخرى ، فيوصف بأنه حق جامع مانع، وأنـــه حق دائم ولكن هل يعتبر حقاً مطلقاً ؟

سنتعرض أولاً لكون الملكية حق جامع مانع، فضلاً عن أنه حق دائم، أما صفة الإطلاق فسوف نوضحها بعد ذلك وذلك فيمـــا يلي:

١- الملكية حق جامع مانـــع :

حق الملكية حق جامع حيث يعطي لصاحبه كافة الســلطات التي يمكن تصورها على الشيء ، فللمالك سلطة استعمال الشـــيء واستغلاله والتصرف فيه على النحو السابق .

أما كون الملكية حق مانع، فذلك لأنه حق مقصـــور علـــى صاحبه حيث أن للمالك ان يستأثر بجميع مزايا ملكه، فيمنع غـــيره من مشاركته في هذه المزايا حتى ولو لم يلحق المالك أي ضـــرر من تلك المشاركة[١]. وفي ذلك تأتي عبارة " لمالك الشيء وحـــده

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٧٤.

الواردة بنص المادة ٨٠٢ من القانون المدني لتكشف بجلاء عن هذه الخاصية لحق الملكية، ومع ذلك فإن سلطات المالك قد تكون مقيدة بمقتضى الاتفاق أو القانون .

٢- الملكية حق دائم :

ويقصد بذلك أنها تبقى ما بقى الشيء الذي ترد عليه، فهي ترتبط به وجودا وعدما ، فإذا هلك الشيء فإن حق الملكية ينقضي تبعا لذلك. ويترتب على أن الملكية حق دائم أنها لا تسقط عن صاحبها بعدم الاستعمال مهما طال الزمن، فالمالك يستطيع العودة إلى منزله مهما طالت فترة غيابه عنه، وهذا بعكس الحقوق العينية الأخرى والتي ينقضي معظمها بعدم الاستعمال، فمثلا ينتهي حق الانتفاع بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة[١]، وكذلك حق الحكر[٢]، والإرتفاق[٣]. غير أن حق الملكية وإن كان لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن، إلا أنه قد يكتسب بالتقادم. فإذا حاز

---

(١) مادة : ٩٩٥ مدني مصري.

(٢) مادة : ١٠١١ مدني، إلا إذا كان حق الحكر موقوفا فانه ينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة .

(٣) إلا إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة، فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة – مادة ١٠٢٧ مدني.

شخص قطعة أرض ليست مملوكة له بنية تملكها وظل حائزا لـــها مدة خمس عشرة سنة حيازة هادئة ومســـتمرة وواضحـــة، فإنـــه يستطيع أن يتمسك بكسب ملكيتها بالتقادم المكسب (١).

٣- هل تعد الملكية حقا مطلقا ؟

طبقا للفقه التقليدي فإن حق الملكية كان مطلقا، ومؤدي ذلك أن المالك له مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصـرف فيه بالطريقة التي تروق له، ولا يحده في ذلك أي قيد، غير أن تلك الصفة لحق الملكية قد تغير معناها في الفقه الحديث والتشـــريعات المعاصرة. إذ بدأ النظر إلى حق الملكية على أنه حق ذو وظيفـــة اجتماعية ، فلا يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لصاحبه وإشباع حاجته فقط، وإنما يستهدف تحقيق الخير للجماعة كلها، ومـــن ثـــم يجب ألا يغالي المالك في استعمال حقه إلى الحـــد الـــذي يضـــر بالآخرين، ولذلك بدأت التشريعات الحديثة في تقرير بعض القيـــود علـــى سلطـــات المالك فمنعته من التعسف في استعمال حقـه، وأن

---

(١) وتسمى الحيازة في هذه الحالة " الحيازة بســوء نيـــة " - مـــادة ٩٦٨ مدنـــي، وللمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع رسالتنا لنيل درجـــة الدكتـــوراه بعنوان : " الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية - دراسة مقارنة" - والمقدمـــة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩١م.

يكون استعماله للحق مقيدا بمصلحة المجتمع، وبما يحقق مصلحة الملاك الآخرين، ومن هنا ظهرت قيود الجوار بين الملاك المتجاورين وبعض القيود الأخرى مثل حق المالك المحبوسة أرضه عن الطريق العام في أن يمر في أرض جاره ، إلى غير ذلك من القيود القانونية الواردة على حق الملكية تحقيقا للمصلحة الخاصة أو العامة والتي لا يتسع المجال هنا لسردها .

ومن ثم فإن حق الملكية لم يعد مطلقا بالصورة التي كان عليها لدى الفقه قديما، وفي التشريعات السابقة، وإنما أصبح حقا ذو وظيفة اجتماعية(١).

جـ- صور الملكيـة :

تتخذ الملكية إحدى صورتين في الواقع وهما :

١- الملكية الفرديـة :

---

(١) ولعل ظهور صفة الإطلاق بمعناها التي كانت عليه، قد جاء نتيجة ظروف تاريخية، وذلك لأن حق الملكية الفردية قد ظهر عقب القضاء على نظام الإقطاع الذي كان سائدا في العصور الوسطى خاصة في أوربا، ومن ثم كان من المنطقي وكرد فعل لتلك الظروف أن ينظر إليه على أنه حق مقدس لا يجوز المساس به، وهذا ما نادى به أنصار مدرسة القانون الطبيعي.

أي أن يكون الشيء مملوكا لشخص واحد فقط ملكية خالصة لا يشاركه فيها أحد، ويكون للمالك وحده في هذه الحالة كل السلطات الممكنة على هذا الشيء.

٢- الملكية المشتركة أو الشائعة :

وفي هذه الصورة يتعدد الملاك لشيء واحد، فيشتركون في ملكيته بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة معينة منه كالثلث أو الربع. وطبقا لنص المادة ٨٢٥ من القانون المدني فإنه : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك ".

والمالك على الشيوع لا يملك جزءا محددا في المال الشائع، وإنما يرد حقه على كل ذرة من ذرات هذا المال، ونتيجة لذلك لا يجوز له أن يتصرف وحده في جزء معين أو مفرز من المال الشائع مهما يكن ضئيلا .

ولكن إذا تصرف الشريك على الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع فإن الأمر يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع هذا الجزء المفرز الذي تصرف فيه الشريك في نصيبه فإن المتصرف إليه يصبح مالكا لهذا الجزء، أما إذا لم يقع الجزء

المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فـإن حـق المتصرف إليه ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريـق القسمة[١].

وتنشأ حالة الشيوع في الغالب بمناسبة الميراث حيث يصبح الأبناء ملاكا على الشيوع في حالة وفاة الأب وذلك بالنسبة للأرض أو المال الذي تركه لهم .

وقد وضع القانون المدني أحكاما خاصة بإدارة المال الشائع واستغلاله على الوجه الأمثل[٢].

وتنتهي حالة الشيوع بالقسمة الاتفاقية أى عن طريق اتفـاق الشركاء على قسمة المال الشائع فيما بينهم، كما تنتهي حالة الشيوع بالقسمة القضائية وذلك في حالة عدم اتفاق الشركاء على القسـمة حيث يعرض الأمر على القضاء ليقوم بإجراء القسمة بينهم[٣].

---

(١) مادة ٢/٨٢٦ مدني، وهي تعطي الحق للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك المال الذي تصرف فيه ملكيـة مفـرزة أي محددة.

(٢) مادة ٨٢٧ مدني وما بعدها.

(٣) مادة ٨٣٤ وما بعدها من القانون المدني .

ونكتفي بهذا القدر تاركين التفصيلات التي لا يتسع مجـــال الدراسة لذكرها .

ثانيا : حق الانتفاع وما يتفرع عنه من حـــق الاســـتعمال وحـــق السكنى

(أ) حق الانتفاع :

هو حق عيني أصلي يثبت لشخص يسمى المنتفع على شيء مملوك للغير ويكون له بمقتضاه سلطة استعمال واســـتغلال هـذا الشيء دون التصرف فيه (١).

وعلى هذا يكون للمنتفع سلطتي الاســـتعمال والاســـتغلال، ولكن سلطة التصرف تظل باقية للمالك والذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة، أما ملكية المنفعة فتنتقل للمنتفع ويســـمى " صـــاحب المنفعة ".

وطبقا لهذا يجوز للمنتفع استعمال الشيء فيما اعد له وبمـــا يتفـــق وطبيعته، كما أن له استغلاله والحصول على ثماره عـــن طريـــق تأجيره للغير مثلا، على النحو الذي بيناه بخصوص حق الملكية.

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٦٢.

ويتميز حق الانتفاع بأنه يرد على ملك الغير ، لأنه لو انتفع الشخص بما يملكه، فإن انتفاعه هذا يعتبر عنصرا من عناصر ملكيته وليس حقا عينيا مستقلا[(١)].

ومن ناحية أخرى يختلف حق المنتفع عن حق المستأجر، في أن الأول حق عيني يخول المنتفع سلطة مباشرة على الشيء محل الانتفاع بحيث يستطيع بمقتضاها الاستفادة من الشيء دون تدخل المالك، أما حق المستأجر فهو حق شخصي طبقا للراجح في الفقه، فهو يرد على عمل المؤجر الذي يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فلا يستطيع المستأجر الاستفادة من الشيء إلا عن طريق تدخل المؤجر والذي يلتزم بتمكينه من الانتفاع.

وفضلا عن ذلك فإن حق الانتفاع ينتهي حتما بوفاة المنتفع فلا ينتقل إلى الورثة، أما حق المستأجر فيمكن أن ينتقل إلى الورثة مقابل دفع الأجرة المحددة في عقد الإيجار[(٢)].

---

(١) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٢٦٥.

(٢) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٦٣ – ص ٦٤، لاسيما في ظل قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والذي لا يزال ساريا بالنسبة لعقود الإيجار السابقة على تاريخ العمل بقانون ٤ لسنة ١٩٩٦ والذي أخضع عقد إيجار الأماكن للقواعد العامة .

هذا وقد نظم القانون المدني حق الانتفاع حماية لمالك الرقبة، وألزم المنتفع بأن يبذل في استعمال الشيء واستغلاله وحفظه ما يبذله الشخص المعتاد الحريص على ملكه، واستعماله واستغلاله على الوجه الأمثل[١].

كما أن المنتفع يلتزم أثناء انتفاعه بالعين بكل النفقات التي تقتضيها صيانة العين[٢]. ويجوز للمالك الاعتراض على أي استعمال غير مشروع أو لا يتفق وطبيعة الشيء محل الانتفاع[٣].

وينشأ حق الانتفاع عن طريق الاتفاق بين المالك والمنتفع، كما يمكن أن ينشأ عن طريق الوصية.

وحق الانتفاع مؤقت، ينتهي بعد مضى مدة معينة، تتحدد في العقد أو الوصية، أما إذا لم تكن هناك مدة محددة، فإن الانتفاع

---

(١) مادة ١/٩٨٨ ، ١/٩٩٠ مدني.
(٢) مادة ١/٩٨٩ مدني.
(٣) مادة ٢/٩٨٨ مدني .

يعتبر ساريا طيلة حياة المنتفع، وفي كل الأحوال ينتهي حق المنتفع بموت المنتفع قبل انقضاء المدة المحددة[١]، بحيث لا يمتد إلى ورثة المنتفع ، لأن شخصية المنتفع محل اعتبار في تقرير حق الانتفاع، ومن ثم ينقضي الانتفاع بموت المنتفع[٢].

كما يمكن أن ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشئ إذا كان الهلاك قد تم بخطأ المنتفع، وفضلا عن ذلك فإن حق الانتفاع ينتهي إذا لم يستعمله المنتفع مدة خمس عشرة سنة[٣].

(ب) حقا الاستعمال والسكنى :

قد لا يخول المالك للغير سوى استعمال ملكه فيما أعد له وبالقدر اللازم له ولأسرته، فيسمى الحق في هذه الحالة بحق الاستعمال.

فحق الاستعمال إذن مجرد صورة مقيدة من صور حق الانتفاع، فهو لا يمنح صاحبه سلطة استغلال الشيء، وإنما يخول صاحبه فقط سلطة استعمال الشيء المملوك للغير خلال مدة معينة،

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٥٦.

(٢) مادة ٩٩٣/١ مدني.

(٣) مادة / ٩٩٤ مدني.

وذلك بالقدر اللازم لما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم [١].

فإذا ورد حق الاستعمال على سيارة مثلا، فإنه يجوز لصاحبه أن يستعمل السيارة في تنقله هو وأسرته فقط ولا يحق له تأجيرها للغير .

أما حق السكنى : فهو حق عيني أصلي يخول صاحبه استعمال منزل مملوك للغير في السكن فقط " فلا يجوز لهذا الشخص أن يستعمل المنزل كمتجر أو مخزن، ويكون حق السكنى بالقدر اللازم لسكنى صاحب الحق هو وأفراد أسرته[٢].

وكل من حق الاستعمال وحق السكنى عبارة عن صورة مقيدة أو ناقصة لحق الإنتفاع، ومن ثم فإن لكل منهما نفس خصائص حق الانتفاع السابق بيانها. إلا أنهما يختلفان عن حق الانتفاع من حيث أنه لا يجوز التنازل عن أيهما للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي [٣].

---

(١) مادة ٩٩٥ مدني.

(٢) د/ حسن كيرة : ص ٤٦٢ ، ص ٤٦٣.

(٣) مادة ٩٩٧ مدني.

"ثالثا : حــق الحكــر "

يعرف حق الحكر بأنه : " حق عيني أصلـــي يـــرد علـــى الأعيان الموقوفة يخول صاحبه الانتفاع بالعين بالبنـــاء عليـــها أو الغراس فيها خلال مدة لا تتجاوز ستين عاما، وذلك مقابل أجـــرة المثل "[١].

ويستمد نظام الحكر من أحكام الشريعة الإسلامية والغـوض منه تسليم أرض في حاجة إلى الاستصلاح لشخص (المحتكـــر) يقوم باستصلاحها وتعميرها بالبناء فيها أو بزراعتها على أن يقـوم بدفع الأجرة التي تدفع لمثل هذه الأرض[٢]، وتكون له ملكية البنـاء أو الزرع وله أن يتصرف فيه وحده، أو مع حقه في الحكر[٣].

ويعتبر الحكر حقا عينيا أصليا[٤]، ولا يجـوز التحكـير إلا لضرورة أو مصلحة ، بإذن من المحكمة الابتدائية التي تقع الأرض

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٢٩ ، ص ٣٠.

(٢) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٥٧.

(٣) مادة ١٠٠٢ مدني.

(٤) كان قد ثار خلاف فقهي في ظل القانون المدني الســابق حـول طبيعيـة حـق الحكر، وهل يعد حقا شخصيا أم عينيا، غير أن القانون المدني الحالي قد اعتـبره حقا عينيا : د/ جميل الشرقاوي: نفس الإشارة السابقة .

الموقوفة في دائرتها[١]، ولا يجوز أن تزيد مدة الحكر عن ستين عاما [٢]، كما أنه لا يجوز إنشاء حق الحكر على أرض موقوفة[٣].

وينتهي حق الحكر بحلول الأجل المحدد في العقد، وفي حدود مدة ٦٠ سنة، وينتهي كذلك بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة إلا إذا كان حق الحكر في ذاته موقوفا فينتهي بعدم استعماله ثلاث وثلاثين سنة[٤].

غير أن الحكر لا ينتهي بموت المحتكر ، بل يمكن أن ينتقل إلى ورثته، إذا كان المحتكر قد بنى أو غرس في الأرض قبل موته، وبشرط أن يطلب جميع الورثة بقاء الحكر[٥].

---

(١) مادة / ١٠٠٠ مدني.

(٢) مادة /٩٩٩ مدني.

(٣) والوقف نوعان : الوقف الأهلي ، والوقف الخيري ، وقد ألغى المشرع الوقف الأهلي وبالتالي لم يعد هناك سوى الوقف الخيري، أي وقف العين وريعها على جهة من جهات البر والخير، مثل المساجد والمستشفيات ومن ثم فإن الحكر لا يرد إلا على الأرض الموقوفة وقفا خيريا (مادة / ١٠١٢ مدني).

(٤) مادة / ١٠١١ مدني.

(٥) مادة /١٠٠٨ مدني، فقرة (١، ٢).

كما ينتهي حق الحكر إذا زالت صفة الوقف عـــن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوالها بسبب رجوع الواقف فـــي وقفـه أو إنقاص مدته، فهنا يبقى الحكر حتى انتهاء مدته طبقا لنص الفقـــرة الثالثة من المادة ١٠٠٨ من القانون المدني .

رابعا : حقوق الإرتفاق

الإرتفاق عبارة عن تكليف يتقرر على عقار لمنفعة عقـــار آخر مملوك لشخص غير مالك العقار الأول[١].

فالإرتفاق إذن حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غـــيره يملكه شخص آخر[٢].

ويسمى العقار الذي يتقرر عليه حق الإرتفـــاق " بالعقـار الخادم " أما العقار الذي يتقرر الإرتفاق لفائدته فيســـمى " بالعقـار المخدوم ".

والإرتفاق حق عيني متفرع عن حق الملكية، ويمنح صاحبه سلطة استعمال ملكية الغير في حدود معينة[٣].

---

(١) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٤٦.
(٢) مادة / ١٠١٥ مدني.
(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٣١.

ومن أمثلة حقوق الإرتفاق : حق المرور الذي يتقرر لصالح الأرض المحبوسة عن الطريق العام بهدف الوصول إلى هذا الطريق، وكذلك حق الجار في فتح المطلات على ملك جاره في حدود المسافة القانونية وهذا ما يعرف باسم حق المطل.

ويشترط لقيام حق الإرتفاق أن يوجد عقاران مملوكين لشخصين مختلفين، وأن يوجد تكليف يرد على أحدهما ويحد من منفعته لمصلحة العقار الآخر وليس لمصلحة شخص معين. فإذا منح شخص لآخر حق الصيد في غابة مملوكة له، فإن هذا الحق لا يعد إرتفاقا بل حق شخصي لأن التكليف قد تقرر لصالح شخص وليس لصالح عقار[١].

ويتم إنشاء حقوق الإرتفاق عن طريق الاتفاق، أو عن طريق الميراث أو التقادم المكسب بالنسبة للإرتفاقات الظاهرة[٢].

وتنتهي حقوق الإرتفاق بانقضاء الأجل المحدد في العقد، أو بهلاك العقار المرتفق به (الخادم) أو العقار المرتفق (المخدوم) هلاكا تاما وكذلك إذا أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد[٣].

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٣٠ ، ص ٣١.
(٢) مادة / ١٠١٦ مدني.
(٣) مادة / ١٠٢٦ مدني .

كما تنتهي حقوق الإرتفاق كذلك بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة إلا إذا كان الإرتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة فإنه يسقط بعدم الاستعمال مدة ثلاثا وثلاثين سنة[١].

الفرع الثاني

" الحقوق العينيه التبعية "

تعريف الحق العيني التبعي وأهميته وأنواعه :

الحق العيني التبعي هو " ذلك الحق الذي لا يوجد مستقلا بذاته بل يقوم تبعا لحق آخر، ولذلك سمى تبعي لأنه تابع لحق شخصي وينشأ لضمان الوفاء به[٢].

فالحق يعد عينيا لأنه يرد على شيء معين، وهو تبعي في نفس الوقت لأنه يتبع في وجوده وصحته حقا شخصيا آخر، ويقوم الحق العيني التبعي بخدمة وضمان هذا الحق الشخصي.

ذلك لأن الحق العيني التبعي يهدف إلى توفير الضمان العام للدائن في استيفاء حقه، ولذا يطلق على الحقوق العينية التبعية اسم

---

(١) مادة /١٠٢٧/١ مدني.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٢٧٩.

" **التأمينات العينية** " لأن الغاية منها هي تأمين الدائن من خطر إعسار مدينه(١).

فقد أصبحت جميع أموال المدين ضامنة لوفاء ديونه في العصر الحديث حيث تتعلق تلك الديون بذمة المدين المالية، بعد أن كان جسم المدين ضامنا لوفاء ديونه في الأزمنة السابقة وهو ما كان يعرف باسم " الإكراه البدني " والذي كان يتيح للدائن إذا لم يستوف دينه من المدين في الموعد المتفق عليه، أن يحبس المدين عنده أو يجعله رقيقا لديه(٢).

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٣ .

(٢) ساد هذا النظام لدى المجتمعات القديمة، وظل سائدا في مصر حتى جاء الملك الفرعوني " بوكخوريس " وهو أحد ملوك الأسرة ٢٤ في العصر الفرعوني وألغى نظام الإكراه البدني ومنع التنفيذ على جسم المدين وأصبحت ذمة المدين هي الضامنة لوفاء ديونه، وقد تأثرت القوانين الأخرى التي جاءت بعد مدونة بوكخوريس بذلك، انظر : د/ فتحي المرصفاوي : أصول النظم القانونية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٢/١٩٩٣ – ص ٨٨،ص٨٩،ص٩٥ حيث يقرر تأثر الملك الإغريقي المصلح " صولون " بقاعدة إلغاء الإكراه البدني –الواردة في قانون بوكخوريس – حيث ضمنها صولون مدونته التي صدرت في بلاد ما بين النهرين عام ٥٩٤م.

ألغى هذا النظام الظالم، وحلت ذمة المدين محل شخصه في الوفاء بديونه، فلم تعد الديون تتعلق بشخص المدين في العصر الحديث، وإنما تكون جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وهو ما يعرف باسم " الضمان العام للدائنين ".

حيث تنص المادة ٢٣٤ من القانون المدني على أن :

١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.
٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون ".

فطبقاً لهذا النص تكون جميع أموال المدين ضامنة لوفاء ديونه، غير أن الفقرة الثانية منه تقضي بأن كل الدائنين متساوون في الأصل في سعيهم نحو أموال المدين .

وإذا كانت أموال المدين لا تكفي لسداد جميع ديونه، فإن الدائنين يقتسمون أموال المدين فيما بينهم " قسمة غرماء " بنسبة دين كل منهم، فمثلاً إذا كان هناك ثلاثة أشخاص كل منهم دائن بمبلغ معين وليكن ١٠٠٠ جنيه بالنسبة للدائن الأول ، و ٥٠٠ جنيه للثاني، و ٢٥٠ جنيه للثالث، وكانت أموال المدين لا تساوي إلا

٧٠٠ جنيه ، ففي هذه الحالة يكون مجموع الديون هـو : ١٠٠٠ + ٥٠٠ + ٢٥٠ = ١٧٥٠ جنيه . وهو مبلغ أكبر من مجموع أمـوال المدين، ولذا تقسم هذه الأموال على الدائنين الثلاثة قسمة غرماء كل بحسب نسبة دينه والتي هي : ٤ : ٢ : ١ ومجموعها ٧ أجزاء.

قيمة كل جزء	=	٧٠٠	÷	٧	=	١٠٠ جنيه .
نصيب الدائن الأول	=	٤	×	١٠٠	=	٤٠٠ جنيه .
نصيب الدائن الثاني	=	٢	×	١٠٠	=	٢٠٠ جنيه .
نصيب الدائن الثالث	=	١	×	١٠٠	=	١٠٠ جنيه .

وهكذا تبدو مخاطر قاعدة الضمـان العـام للدائنيـن فـي الانتقاص من حقوق هؤلاء الدائنين وعدم استيفائها كاملة في حالـة عجز أو عدم كفاية أموال المدين عن سدادها بالكامل.

ولتلاقي تلك المخاطر، قرر المشرع الحقوق العينية التبعية، لكي يستطيع الدائن صاحب الحق العيني التبعي أن يسـتوفي حقـه متقدما على غيره من الدائنين العاديين، فضلا عن استطاعته تتبـع الشيء محل الحق العيني التبعي تحت يد أي شـخص فـي حالـة تصرف المدين في هذا الشيء، فالحق العيني التبعي يمنح صاحبـه ميزتي التقدم والتتبع.

والتأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية أربعة في القانون المدني المصري وهي : حق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وأخيراً حقوق الامتياز، ونتناول دراسة هذه الحقوق تباعاً :

أولاً : الرهن الرسمي

عرف المشرع الرهن الرسمي بأنه : " **عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون**":[١].

ويتضح من ذلك أن الرهن الرسمي يتميز بالخصائص الآتية:[٢] .

---

(١) مادة / ١٠٣٠ مدني مصري.

(٢) انظر في الرهن الرسمي والحقوق العينية التبعية الأخرى بالتفصيل لدى : أستاذنا الدكتور : نعمان محمد خليل جمعة : الحقوق العينية التبعية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٢ – ص ١١ وما بعدها.

١- أنه حق ينشأ عن إتفاق أو عقد بين شخصين يسمى أحدهما " الراهن " ويسمى الآخر " المرتهن " وهو الدائن بالحق الشخصي.

ويجب أن يكون عقد الرهن الرسمي مكتوبا في ورقة رسمية[١] أي في ورقة يقوم بتحريرها موثق بأحد مكاتب التوثيق الملحقة بالشهر العقاري، فهذا الرهن لا يتم شفاهة أو في ورقة عرفية[٢].

٢- لا يرد الرهن الرسمي إلا على عقار، فلا يرد على المنقول، والعقار هو الشيء المستقر بحيزه الثابت فيه والذي لا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر دون تلف، مثل الأرض، والمنازل وغيرها، أما المنقول فهو الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف [٣].

---

(١) مادة ١٠٣١ مدني – فقرة أولى .

(٢) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ـــ ص ٢٧٥.

(٣) طبقا لنص المادة ١/٨٢ مدني، وسوف نقوم بدراسة التفرقة بين العقار والمنقول والنتائج المترتبة عليها فيما بعد.

٣- تبقى ملكية العقار المرهون للمدين الراهن، فلا تنتقل إلى الدائن المرتهن، حيث يظل الراهن حائزا ومالكا للعقار ويستطيع من ثم استعماله واستغلاله بل والتصرف فيه[١] بشرط ألا يضر ذلك بالدائن المرتهن لأن الراهن يلتزم بضمان سلامة الرهن والمحافظة عليه[٢].

٤- يكون للدائن صاحب حق الرهن الرسمي ميزة استيفاء دينه من ثمن العقار إذا تم بيعه، بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين أو التالين له في المرتبة من أصحاب حقوق الرهن الرسمي الآخرين[٣].

وتتحدد مرتبة الرهن من تاريخ قيده في السجل المعد لذلك بمكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه .

---

(١) المادتان ١٠٤٣،١٠٤٤ مدني مصري، غير أن المشرع قد قيد حق المدين الراهن في تأجير العقار، وإعطاء مخالصة عن أجرته بقيود معينة وردت في المادتين ١٠٤٥،١٠٤٦ مدني .

(٢) مادة / ١٠٤٧ مدني .

(٣) مادة / ١٠٥٦ مدني .

كذلك يتمتع الدائن صاحب حق الرهن الرسمي بميزة تتبع العقار المرهون وملاحقته تحت يد من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون، ويستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على هذا العقار وبيعه لاستيفاء حقه من ثمنه، بشرط أن يقوم بقيد حق الرهن طبقا لما تقدم.

- **أسباب انقضاء الرهن الرسمي :**

ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون[١]، ذلك لأن الرهن يرتبط بالدين وجودا وعدما، فإذا انقضى الدين لأي سبب كأن يوفي به المدين للدائن، انقضى حق الرهن الرسمي نتيجة لذلك، وإذا حكم ببطلان سند الدين انقضى الرهن أيضا تبعا لذلك، فالرهن يرتبط بالدين أيضا صحة وبطلانا .

كذلك ينقضي حق الرهن الرسمي إذا قام حائز العقار وهو الذي انتقلت إليه ملكية العقار ولم يكن مسئولا مسئولية شخصية عن سداد الدين، بدفع قيمة الدين للدائن المرتهن[٢].

---

(١) مادة / ١٠٨٢ مدني .

(٢) مادة / ١٠٨٣ مدني ، ويسمى ذلك " بتطهير العقار " من الديون التي تثقله تفاديا لبيعه بالمزاد العلني، غير أن الحائز يستوفي ما سدده من المدين الراهن.

وأخيرا فإنه في حالة بيع العقار بالمزاد العلني بيعا جبريا، فإن حق الرهن ينقضي بإيداع ثمن البيع الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين الذين قيدوا حقوقهم وكانت مرتبتهم تسمح باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن[١].

ثانيا : الرهن الحيازي

يعرف الرهن الحيازي بأنه : " **حق عيني تبعي ينشأ للدائن بمقتضى عقد على منقول أو عقار ضمانا للوفاء بالدين، وهو يخول الدائن حبس الشئ المرهون لحين استيفاء الدين، كما يخوله ميزتي التتبع والتقدم** " [٢].

ومن هذا التعريف يتضح أن الرهن الحيازي يتسم بالخصائص الآتية :

١- الرهن الحيازي يرد على المنقول والعقار، وهذا بعكس الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار[٣].

---

(١) مادة / ١٠٨٤ مدني

(٢) د/ عبد الودود يحيي : المدخل لدراسة القانون - ١٩٨١ - ١٩٨٢ ص ٢٨٢.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - ص ٣٥.

٢- لا يشترط أن يكون عقد الرهن الحيازي مكتوبا في ورقة رسمية على النحو المطلوب بالنسبة للرهن الرسمي، ولذلك يصح الاتفاق على الرهن الحيازي في ورقة عرفية، إذ يكفي أن يكون عقد الرهن الحيازي رضائيا(١).

٣- تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من ينوب عنه في الرهن الحيازي، في حين تبقى حيازة العقار المرهون للراهن في الرهن الرسمي(٢).

حيث تنتقل حيازة المال المرهون حيازيا للدائن المرتهن والذي يجوز له بموجب ذلك أن يقوم بإدارة الشيء واستغلاله والحصول على ريعه، على أن يخصم ما يحصل عليه من صافي الربح ومن استعمال الشيء من قيمة المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجل سداده(٣).

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٦٥ . على أن الرهن الحيازي لا يسري في مواجهة الغير إذا كان واردا على عقار إلا إذا تم قيده في الشهر العقاري طبقا للمادة /١١١٤ مدني.

(٢) مادة / ١/١٠٩٩ مدني.

(٣) مادة / ١١٠٤ مدني .

ولكن يلتزم الدائن المرتهن ببذل عناية الشخص المعتاد في إدارة الشيء واستغلاله، وهو مسئول عن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف قد حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه[١].

٤- يخول الرهن الحيازي لصاحبه حق حبس المال المرهون والامتناع عن رده إلى المدين الراهن، حتى يستوفي دينه المضمون بالرهن، ويجوز له كذلك حبس المال المرهون عن الناس كافة[٢].

٥- يمنح الرهن الحيازي للمرتهن ميزتي التقدم والتتبع، فيستطيع استيفاء حقه من ثمن المال المرهون قبل غيره من الدائنين العاديين، كما يكون له ملاحقة الشيء تحت أي يد ينتقل إليها إذا خرج الشيء من تحت يده، حيث يحق له استرداده إذا خرج من تحت يده دون إرادته أو دون علمه[٣].

ولكن يجب أن يقيد الرهن الحيازي في الشهر العقاري إذا

---

(١) مادة / ١١٠٣ مدني .
(٢) مادة / ١١١٠/١ مدني .
(٣) مادة / ١١١٠/٢ مدني .

كان وارداً على عقار حتى يسري في مواجهة الغير[١].

انقضاء الرهن الحيازي :

لما كان الرهن الحيازي ضماناً لدين معين، فإنه يزول بزوال هذا الدين أو انقضائه لأي سبب من الأسباب، وهذا هو الطريق التبعي لانقضاء الرهن الحيازي[٢].

غير أن الرهن الحيازي ينقضي أيضاً بطريق أصلي بأحد الأسباب الآتية :[٣]

١- نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الحيازي، وبشرط أن تتوافر لديه أهلية التنازل عن الدين ، ويصح أن يكون التنازل صراحة أو ضمناً.

٢- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد، أي إذا صار المرتهن حيازياً مالكاً للمال المرهون، حيث يزول حق الرهن الحيازي في هذه الحالة .

---

(١) مادة ١١١٤ مدني . وأن يكون المحرر المثبت له ثابت التاريخ إذا ورد على منقول (م/١١١٧)

(٢) وقد نصت على ذلك المادة / ١١٢ مدني .

(٣) وهذه الأسباب واردة بالمادة ١١١٣ مدني.

٣- إذا هلك الشيء المرهون، وفي هذه الحالة يسأل الدائن المرتهن عن هلاك الشيء ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

ثالثا : حق الاختصاص

الاختصاص حق عيني تبعي يتقرر بإذن من القضاء للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، بمقتضى حكم واجب النفاذ صادر له بإلزام المدين بالالتزام(١)، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق أن يتتبع العقار في أية يد كان، ويستوفي دينه من ثمنه بالتقدم والأولوية.

ويقترب حق الاختصاص في أحكامه من الرهن الرسمي بل يكاد يكون نوعا من الرهن الرسمي، ولكنه يفترق عنه من حيث مصدره، إذ بينما يكون الرهن الرسمي ناشئا عن الاتفاق المبرم في الشكل الرسمي، فإن حق الاختصاص ينشأ بإذن من القضاء (رئيس المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار)(٢).

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٣٤

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٥.

وفيما عدا ذلك فإن الاختصاص يشبه الرهن الرسمي من حيث أن كليهما لا يرد إلا على عقار، فضلا عن أن حيازة المال المرهون تبقى في يد المدين الراهن أو الذي تقرر حق الاختصاص على عقاره، أضف إلى ذلك أن كل من الرهن الرسمي والاختصاص يجب قيده لكي يكون نافذا في مواجهة الغير، وأخيرا فإن حق الاختصاص يمنح صاحبه ميزتي التتبع والتقدم مثلما يمنح حق الرهن الرسمي للدائن المرتهن هاتين الميزتين.

ولكى يصدر القاضي أمرا بتقرير حق الاختصاص يجب :

١- أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ، أي حكم غير قابل للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف، أو كان مشمولا بالنفاذ المعجل.

٢- أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى ويلزم المدين بشيء معين .

٣- أن يكون الدائن حسن النية[١].

---

(١) والشروط الثلاثة الأولى ورد النص عليها في المادة ١/١٠٨٥ من القانون المدني.

٤- أن يكون العقار مملوكا للمدين ويجوز بيعه بطريـــق المـــزاد العلني[١].

إذا توافرت هذه الشروط جاز لرئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار بدائرتها أنْ يأمر بتقرير حق الاختصاص، كما أن له ألا يأمر به.

ويجوز للدائن أن يتظلم من أمر الرفـــض إلـــى المحكمـــة الابتدائية[٢].

ولا يجوز للدائن أخذ اختصاص على عقار مـــن عقـــارات التركة بعد موت المدين[٣].

وتسري قواعد الرهن الرسمي على حق الاختصاص، مـــع مراعاة ما ورد من أحكام خاصة به، ومن ثم فإن أسباب انقضـــاء الرهن الرسمي تسري بشأن الاختصاص.

---

(١) مادة / ١٠٨٨ مدني.
(٢) مادة / ١٠٩٣ مدني .
(٣) مادة (١٠٨٥ / مدني .
- يذكر أن بعض التشريعات العربية لا تنظم حق الاختصاص، ومن ذلـــك علـــى سبيل المثال القانون المدني الكويتي .

رابعا : حقوق الامتيـــــاز

عرفت المادة ١١٣٠ من القانون المدني الامتيـــاز قائلـــة : " الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منـــه لصفتـــه، وعلى ضوء ذلك فإن القانون هو الذي يقرر حق الإمتياز فلا يتقرر باتفاق الطرفين كما في الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ولا بـإذن من القضاء كما في حق الاختصاص، بل يجد الامتياز مصدره فـي نص القانون مباشرة ومن هنا نقرر بأنه : " لا امتياز إلا بنص "(١).

والمشرع لا يمنح الامتياز إلا لبعض الحقوق، لأسباب معينة تقتضي تفضيل تلك الحقوق على غيرها ، ومن أهم هذه الأسـباب : أهمية الحق وضرورة الوفاء به دون التعـــرض لمخـــاطر قســـمة الغرماء ومثال ذلك حقوق الخزانة العامة من ضرائـــب ورســـوم، ومساهمة المال موضوع الدين في حفظ الحق الضامن من الضيـــاع كالمصروفات القضائية، أو كون الدين هو المقابل للحق الضـــامن كحق بائع العقار في الثمن أو باقي الثمن الذي يتم ضمانه بامتيـــاز يقع على العقار المبيع(٢).

---

(١) مادة / ٢/١١٣٠ مدني .

(٢) د/محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٧٤.

ويمنح الامتياز لصاحبه سلطة استيفاء دينه من ثمن بيع أموال المدين كلها أو بعضها، بالتقدم على غيره من الدائنين .

فالقانون هو الذي ينشئ الامتياز، ويحدد مرتبته ومن ثم يجب النظر في نصوص القانون لمعرفة ما إذا كان الحق من تلك الحقوق الممتازة أم لا، ولمعرفة أولويته في الاستيفاء عن باقي الحقوق الأخرى العادية والمضمونة .

وتنقسم حقوق الامتياز إلى نوعين :

(أ) حقوق الامتياز العامة :

وهي ترد على كل أموال المدين من منقولات وعقارات دون تخصيص[١]. مثل الامتياز المقرر لصالح من قام بتوريد المأكل والملبس للمدين ومن يعولهم عن الستة أشهر الأخيرة وذلك لاستيفاء ثمن المأكل والملبس الذي تم توريده للمدين ومن يعولهم[٢].

وكذلك الامتياز المقرر لصالح الخزانة العامة لاستيفاء حقوقها من ضرائب ورسوم وغيرها من ثمن أموال المدين[٣].

---

(١) ولكن لا يشترط قيد الامتيازات العامة الواردة على عقار في مكتب الشهر العقاري المختص .

(٢) مادة / ١١٤١ / ب مدني .

(٣) مادة / ١١٣٩ / ١ مدني .

وهذه الامتيازات لا تمنح صاحبها سوى ميزة التقدم فقط، فلا تعطيه ميزة التتبع لأنها لا ترد على مال محدد من أموال المدين.

(ب) حقوق الامتياز الخاصة :

وهى تلك الحقوق الوارده على مال معين من أموال المدين وليس على كل أمواله . وقد ترد هذه الحقوق على عقار، ومثال ذلك امتياز بائع العقار لاستيفاء دين الثمن[١] ، وهذا الامتياز الخاص الواقع على عقار يجب قيده في السجل المعد لذلك في الشهر العقاري وتتحدد مرتبته من وقت القيد.

وقد ترد الامتيازات الخاصة على منقول كامتياز مؤجر العقار على المنقولات التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة ضمانا للأجرة[٢]، ويمنح الامتياز الخاص لصاحبه ميزتي التتبع والتقدم.

وتسري أحكام الرهن الرسمي والرهن الحيازي على حقوق الامتياز من طرق انقضاء.

---

(١) مادة / ١١٤٧ مدني .

(٢) مادة ١١٤٣ مدني .

وفي نهاية دراستنا للحقوق العينية، تجدر الإشارة إلى أن غالبية الفقهاء يرون أن الحقوق العينية قد وردت في القانون على سبيل الحصر، ومن ثم فلا يجوز للأفراد أن يشئوا حقوقا عينية أخرى بإرادتهم غير تلك التي وردت في القانون[١]، لأن ذلك يخرج عن نطاق سلطان الإرادة وقدرتها كما ذهب البعض[٢]، أو لأن طبيعة الحق العيني نفسه تقتضي ذلك حيث يفترض تسلط صاحبه على شئ معين في العالم الخارجي، والقانون وحده هو الذي ينظم الصلة بين الأشخاص والأشياء كما ذهب البعض الآخر[٣].

ويستند البعض الآخر في القول بعدم جواز إنشاء حقوق أخرى عينية غير تلك الواردة في القانون، إلى أن تنظيم الملكية وسائر الحقوق العينية يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه بإنشاء حقوق أخرى ليست واردة فيه[٤].

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٢٦٤ ، ص ٢٦٥ .

(٢) د/ محمد سامي مدكور : نظرية الحق – ١٩٥٤ – ص ٣٤.

(٣) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٦٥ – هامش، حيث يرفض تعليل منع الأفراد من إنشاء حقوق عينية جديدة بأن الحق العيني مطلق يحتج به في مواجهة الكافة، لأن هذه الخاصية تسري – في نظره – بالنسبة لجميع أنواع الحقوق إذ يفرض الحق واجب عام على الكافة باحترام الحق، ويرفض كذلك الاستناد إلى قدرة الإرادة.

(٤) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق ص – ٢٨٥.

المطلب الثانـــي
" الحقوق الشخصيـــة "

تقسيــــــم :

لكي تتضح ماهية الحق الشخصي واســتقلاله عــن الحــق العيني، نقسم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين نحاول في أولهما تعريف الحق الشخصي وبيان موضوعه، ثم نجعل الثاني لمســـألة التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني .

الفــــــــرع الأول
" تعريف الحق الشخصي وموضوعه "

أولا : تعريف الحق الشخصي :

يجري الرأي الغالب في الفقه – منذ القدم – علــى تعريــف الحق الشخصي بأنه **" رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما (وهو المدين) قبل الآخر (وهو الدائن) بأداء معين أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويكون للدائن الحق في اقتضاء هذا الأداء من المدين "**[١].

---

(١) انظر فيمن يقولون بهذا التعريف على سبيل المثال :
د/حسن كيرة : المرجع السابق – بند ٢٤٩ – ص ٤٦٧، د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٥٢ ، د/ محمود جمال الدين زكي – المرجع الســابق – ص ٢٩٩.

وعلى ذلك فإن الحق الشخصي في نظر هـــؤلاء الفقـــهاء ينصب على الرابطة الشخصية التي تقوم بين الدائن والمدين، بل إن تلك الرابطة هي التي تخول الدائن سلطة اقتضـــاء أداء معيـــن ذو طبيعة مالية من المدين.

غير أننا ننضم إلى بعض الفقهاء الذيـــن يعرفـــون الحـــق الشخصي تعريفا آخر مضمونه أن الحق الشخصي " **سلطة قانونية تثبت لشخص معين، تجاه شخص آخر، تمكنه من إلزامه بـــأداء عمل معين أو الامتناع عنه تحقيقا لمصلحة مشروعة له** "(١).

ذلك لأن الحق الشخصي وإن استلزم لوجوده رابطـــة بيـــن شخصين أو أكثر، إلا أنه ليس الرابطة ذاتها، وإنما يقوم القـــانون بتنظيم تلك الرابطة بتقرير حق لأحد طرفيها وواجب على الطـــرف الآخر، فالحق الشخصي يقوم في جوهره على السلطة التي يمنحـــها القانون لشخص معين قبل شخص آخر ويسمى الأول الدائن والثاني المدين(٢).

---

(١) ذهب إلى هذا التعريف أستاذنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع الســـابق بند ٢٧ – ص ٣٩، وفي هذا المعنى أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي : المرجـــع السابق – بند ٩٦ ص ٢٦٦ حيث يعرف الحق الشخصي بأنه : " ذلـــك الحـــق الذي يجعل لصاحبه مجرد قدرة على أن يطالب شخصا آخر أو أشخاصا آخريـــن بأن يؤدوا إليه شيئا يستحقه قبلهم " .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نفس الإشارة .

فإذا اقترض شخص من آخر مبلغ مائتي جنيه مثلا، فإن ثمة رابطة أو علاقة قانونية تنشأ بينهما أساسها القرض، ثم يأتي القانون لينظم هذه العلاقة أو الرابطة، فيمنح المقرض حقا في أن يلزم المقترض برد المبلغ .

ويستلزم الحق الشخصي تدخل المدين، فهو لا يقوم مباشرة ولا يستطيع صاحبه الإفاده منه بغير تدخل المدين، والذي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن عمل لصالح الدائن.

ويسمى الحق الشخصي حق الدائنية إذا نظرنا إليه من زاوية الدائن، كما يطلق عليه اسم " الالتزام " إذا نظرنا إليه من جانب المدين، وقد استخدم المشرع المصري كلمة " التزام " على أنها مرادفة للحق الشخصي(١).

---

(١) يلاحظ أن تسمية " الحق الشخصي " مصدرها القانون الروماني، غير أن الرومان لم يطلقوا صراحة على الحق المذكور هذه التسمية، إلا أنهم يطلقون على الدعوى التي يحق للدائن استخدامها لاقتضاء الدين اسم " الدعوى الشخصية " وبمرور الزمن أخذ الحق اسم الدعوى التي تحميه وصار يطلق عليه اسم الحق الشخصي .

وقد يقصد بالحق الشخصي معان أخرى غير معناه الوارد في المتن ، فقد يقصد به ارتباط الحق بشخص صاحبه وعدم جواز النزول عنه أو انتقاله للغير، وقصر استخدام الحق على صاحبه فقط، ويجب عدم الخلط بين حقوق الشخصية والحق الشخصي حيث تسمى الحقوق الأولى باسم الحقوق العامة (وقد سبق دراستها) : أنظر حول معاني الحق الشخصي : د/ عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق – هامش ٢،١ ص ٤٠.

ثانيا : موضوع الحق الشخصي :

يتنوع موضوع الحق الشخصي بحسب نـــوع الأداء الـــذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن .

وقد جرت عادة الفقه على أن موضوع الحق الشخصي قــد يكون عملا أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شئ محدد ، ونتناول هذه الصور تباعا فيما يلي :

١- الالتزام بأداء عمل :

في هذه الصورة يلتزم المدين في الحق الشــخصي بالقيــام بعمل معين لصالح الدائن، ومثال ذلك التزام المقاول ببنـــاء مــنزل لصالح شخص معين، والتزام الطبيب بإجراء جراحة معينة لشخص محدد، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر.

ففي هذه الأمثلة وغيرها، يلتزم المدين بالقيام بعمل إيجــابي لصالح الدائن، وهذا الالتزام ينشأ عن عقد أو اتفــاق بيــن الدائــن والمدين، فهو في المثال الأول : عقد المقاولة، وفي الثـــاني عقــد العلاج الطبي، وفي الثالث عقد الإيجار.

ولا يعتبر المدين قد نفذ التزامه إلا إذا قام بالعمل المطلوب منه، فإذا لم يقم به كان من حق الدائن أن يطالبه بتنفيذ هذا العمل أو فسخ العقد مع التعويض إذا كان له محل.

٢- الإلتزام بالامتناع عن عمل :

في هذه الصورة لا يلتزم المدين بأداء عمل أو نشاط إيجابي بل على العكس يلتزم بأن يتخذ موقفا سلبيا يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل معين .

ومن أمثلة ذلك التزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري والامتناع عن فتح محل مماثل بجوار المحل الذي باعه أو في نفس المنطقة خاصة إذا كان المحل الجديد يتخصص في نفس نوع السلعة التي تم تخصص المحل المباع فيها(١).

ومثال ذلك أيضا التزام المستأجر بعدم التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن، والتزام كاتب شهير متعاقد مع صحيفة معينة بعدم الكتابة في غيرها طوال مدة العقد(٢).

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٦٦ ، ص ٢٦٧.
(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٦٨.

٣- الإلتزام بإعطاء شئ :

وهو في حقيقته صورة من صور الالتزام بعمل، غير أن الفقه قد جرى على دراسته على استقلال وكصورة ثالثة من صور الأداء موضوع الحق الشخصي.

والالتزام بإعطاء هو عبارة عن قيام المدين بنقل حق عيني أو إنشائه سواء تم ذلك بمقابل أو بدون مقابل.

ومثاله التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، وهذا يفرض عليه أن يذهب مع المشتري إلى مكتب الشهر العقاري المختص للتوقيع على العقد وإتمام إجراءات التسجيل.

ولعل ما يبرر اعتبار هذا الالتزام صورة ثالثة من صور الأداء في الحق الشخصي - في نظر الفقه - هو أن هذا الالتزام لا يقتصر على مجرد قيام المدين بفعل معين وإنما يعني قيامه بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر إلى الدائن أي إعطاء شيء للدائن (١).

والحقيقة أنه لا يوجد - في نظرنا - ما يبرر اعتبار هذا الالتزام صورة خاصة لالتزام المدين لأنه عبارة عن قيام المدين

---

(١) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق - ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠.

بعمل إيجابي هو القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية مثله في ذلك مثل الالتزام بأداء عمل تماماً[١]، ولا يوجد مبرراً لاعتباره صورة مستقلة، اللهم سوى الرغبة في اتباع تعبيرات معروفة منذ القدم وشاع استخدامها لدى الفقهاء .

وفي كل الحالات المتقدمة، يشترط أن يكون الأداء الذي يلتزم به المدين ذو طبيعة مالية، أي يمكن تقويمه بالنقود حتى ولو كانت المصلحة التي يستهدفها صاحب الحق الشخصي من وراء هذا الأداء مجرد مصلحة أدبية أومعنوية، فهذا الشرط هو الذي يؤدي إلى اعتبار الحق الشخصي من الحقوق المالية ويميزه عن غيره[٢].

وقد ينشأ الحق الشخصي أو الالتزام عن الاتفاق أو الإرادة المنفردة أو القانون، وسوف تكون هذه المصادر محل دراستنا فيما بعد[٣].

---

(١) وقد ذهب إلى ذلك : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٣ ، ص ٤٤ حيث رفض اعتبار الالتزام بإعطاء صورة خاصة وإنما أدخله في الالتزام بعمل وكذلك : د/ جميل الشرقاوي : ص ٢٦٧ ، ص ٢٦٨.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٦٨.

(٣) وذلك بخصوص مسألة نشوء الحق .

الفـــرع الثانـــــي

" التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني "

على الرغم من شيوع التفرقة بين الحق الشخصي والحـــق العيني منذ فترة طويلة، إلا أن الفقيه الفرنسي بلانيول قد حـــاول أن يمس تلك التفرقة وذلك عن طريق محاولة التقريـــب بيـــن الحـــق الشخصي والحق العيني، غير أن الفقه في غالبيته لم يسلم بذلـــك، ومن ثم أضحت التفرقة بين الحق الشخصي والحق العينـــي مـــن الحقائق القانونية الثابتة المستقرة .

ويترتب على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي عدة آثار أو نتائج معينة .

وسوف ندرس هاتين النقطتين تباعا فيما يلي :

أولا : محاولة التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي :

حاول بعض الفقهاء – في فرنسا – التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي أو العكس ومن ثم هدم التفرقة القائمة بينهما .

وفي هذا الصدد ظهرت نظريتان إحداهما تسمى بالنظريـــة الشخصية، والأخرى النظرية المادية أو الموضوعية .

وفيما يلي نبذة موجزة عن كل من هاتين النظريتين :

(أ) النظرية الشخصية أو نظرية الفقيه بلا نيول

ذهب الفقيه الفرنسي الكبير " بلا نيول " إلى أن الحقوق كلها عبارة عن روابط بين أشخاص، فكل حق له بالضرورة عنصران : أحدهما إيجابي وهو صاحب الحق ، والآخر سلبي وهو المدين، بالإضافة إلى محل الحق، وإذا كان الحق الشخصي يتضمن هذه الأمور الثلاثة من دائن ومدين ومحل للحق (وهو الأداء الذي يلتزم به المدين)، فإن الحق العيني يتحلل هو الآخر إلى ثلاثة عناصر،إذ يوجد فيه صاحب الحق ومحل الحق وهو الشيء ، بالإضافة إلى المدين وهو كل الناس ـــ عدا صاحب الحق ـــ والذين عليهم واجب عام سلبي مضمونه احترام الحق العيني وعدم الاعتداء عليه .

وهذا الطرف السلبي وهو المدين، يمكن أن يتحدد في الحق العيني حينما يعتدي أحد الأفراد أو بعضهم على هذا الحق، فحينئذ يتحدد المدين في شخص هذا المعتدي والذي يبدو أنه قد أخل بالتزام سابق أو واجب يقع عليه .

وهكذا يقترب الحق العيني من الحق الشخصي فكلاهما روابط بين أشخاص ولهما نفس العناصر حتى وإن اختلفت أوصاف تلك العناصر(١).

وقد تعرضت هذه النظرية لبعض الانتقادات وأهمها :

١- أنها قامت على التصنع والتحايل، عن طريق ابتكار طرف آخر في الحق العيني لكي يمكن القول بتقريبه من الحق الشخصي والذي هو رابطة بين شخصين، فضلا عن أن موضوعه أداء معين، ولكن الواقع عكس ذلك(٢).

٢- أن الواجب السلبي العام الذي يقع على عاتق الكافة ويتمثل في الامتناع عن التعرض لصاحب الحق، يوجد في كافة الحقوق أيا كان نوعها لأنها جميعا واجبة الاحترام من قبل الكافة، ولا فرق في ذلك بين الحق العيني والحق الشخصي، فكلاهما يفرض على الكافة الامتناع عن التعرض للحق، فمثلا لا يحق لغير المدين أن يحرض هذا الأخير على عدم الوفاء بالتزامه للدائن وإلا كان مخلا بواجب احترام حق الدائن(٣).

---

(1) planiol : Traitè èlèmentaire de droit civil- t.I- 4eme èd - 1906 - No, 2158 et-S.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٧١.

(٣) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٨٢ ، ص ٨٣.

٣- أنه لا يمكن القول أن الاعتداء على الحق العيني يخلق عنصراً من عناصره، لأن الالتزام السلبي العام لا يدخل في عناصر تكوين الحق بل هو أمر لاحق لوجود الحق ومجرد وسيلة لحمايته، فنشوء هذا الالتزام العام إنما يفترض أولاً نشوء الحق، ومن ثم فإن الاعتداء لا يجعل المعتدي طرفاً في الحق العيني بل على العكس ينشأ عن الحق العيني حق شخصي يلتزم به شخص محدد في حالة الاعتداء عليه حيث يتمثل في التعويض عن الضرر الذي أصاب المعتدي عليه [١].

٤- وأخيراً فإن الواجب السلبي العام يختلف عن الالتزام الخاص الذي يوجد في الحق الشخصي، لأن الأول لا يشكل قيمة مالية، ولا يدخل عنصراً في ذمة المدين، فضلاً عن أن شخص المدين فيه غير محدد وقت نشأته، وذلك بعكس الالتزام الخاص[٢].

(١) د/ حسن كيرة : ص ٤٧٢ ، ص ٤٧٣ ، د/ محمود عبد الرحمن ص ٨٢.

(٢) د. حسن كيرة : ص ٤٧٣ .

- Ripert et Boulanger : Op.cit – No. 2604 – P. 880.

لكل هذه الانتقادات رفض الفقه الأخذ بنظرية بلانيول أو ما يطلق عليه اسم : النظرية الشخصية .

(ب) النظرية الماديـــة :

يذهب أنصار هذه النظرية وعلى رأسهم " جـــــيرك " فـــي ألمانيا " وسالي " في فرنسا ، إلى محاولة أخرى وهي تقريب الحق الشخصي من الحق العيني . ونقطة البداية لديهم هي محل الحق أو موضوعه، ومن هذه الزاوية فإن الحقوق المالية جميعها بما فيـــــها الحقوق العينية والحق الشخصية، تعتبر عنصرا من عناصر الذمـــة المالية، ويبرز العنصر المالي بصورة واضحة في الحق الشـخصي في أنه قيمة مادية تشكل عنصرا إيجابيا في ذمة الدائن، وسلبيا فـــي ذمة المدين وبالتالي يقترب الحق الشخصي من الحق العيني .

وتلك القيمة المالية يمكن التعامل فيها عن طريق البيـــع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات القانونية، دونما نظر لأشـــخاص الحق، فخلاصة النظرية المادية إذن أنه لا فرق بين الحق الشخصي والحق العيني فكلاهما قيمة مالية(١).

(١) في عرض هذه النظرية أنظر : أستاذنا الدكتور : نزيه محمد الصادق المهدي : محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام – مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقـــوق – جامعـــة القـــاهرة – ١٩٧٩ – ص ٧٩ وما بعدها .

ولم تكن تلك النظرية بأسعد حظا من سابقتها، حيث تعرضت هي الأخرى لبعض الانتقادات وأهمها (١).

١- أنها قد أهملت وجود الرابطة بين الدائن والمدين في الحق الشخصي والتي تميزه عن الحق العيني، حيث لا يستطيع صاحب الحق الشخصي الحصول على حقه إلا بواسطة المدين، وذلك على عكس الحق العيني الذي يستطيع صاحبه الإفادة منه مباشرة دون تدخل من أحد على اعتبار أنه يمثل سلطة مباشرة على شيء معين. فقد ركزت النظرية على موضوع الحق وأغفلت أطرافه.

٢- أن شخصية المدين تكون محل اعتبار في بعض الأحيان، وبالتالي فإن القيمة المالية للحق تستمد أهميتها أحيانا من شخص المدين، مثال ذلك التزام مطرب معين بالغناء في حفل محدد، حيث تكون شخصية هذا المطرب محل اعتبار في الالتزام وتستمد القيمة المالية للالتزام من شخص المطرب في هذه الحالة حيث لا يغني عنه حضور مطرب آخر، فشخصية المطرب تفوق في أهميتها محل الحق في المثال المذكور .

---

(١) أنظر في تلك الانتقادات لدى :
د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٨٥ ، د/ جميل الشرقاوي المرجع السابق – ص ٢٧١.

لكل ما سبق ، لم تفلح النظرية المادية في هدم التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني تماما مثلما فشلت النظرية الشخصية في ذلك، وأضحت التفرقة بين الحقين الشخصي والعيني من الأفكار المستقرة في عالم القانون .

ثانيا : أوجه التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني :

توجد عدة أوجه للتفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني أهمها ما يلي :

١- أن الحق العيني يرد على شيء محدد بالذات أما الحق الشخصي فلا يشترط أن يرد على شيء محدد بالذات، وإنما يكفي أن يكون محل الحق الشخصي معينا بنوعه ومقداره[١].

فالتزام البائع بنقل ملكية كمية من القمح إلى المدين، هو التزام شخصي يخول المشتري طلب تعيين القمح محل العقد فقط، فلا يشترط أن يكون محل الحق الشخصي معينا بذاته .

٢- الحق العيني مطلق أما الحق الشخصي فهو نسبي : ذلك لأن

(١) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٥٩ – ص ٦٠ .

الحق العيني باعتباره سلطة مباشرة على شيء محدد، يعطـــي لصاحبه تلك السلطة في مواجهة كل الناس، فلا يتضمن واجب خاص على شخص معين وإنما واجب عام مفروض على الكافة باحترام الحق[١].

أما الحق الشخصي فهو حق نسبي أي لا يحتج بــه ســوى ضد شخص أو أشخاص محددين، ويعتــبر عنصــراً ســلبياً فــي ذمة هؤلاء الأشخاص .

٣- الحق العيني حق مؤبد، أما الحق الشـــخصي فــهو مؤقــت بالضرورة : وآية ذلك أن الحق الشخصي ومحله إلزام المدين بأداء عمل أو الامتناع عن عمل، يحد من حرية المديــن، ولا يجوز أن يستمر ذلك إلى الأبد لأنه قد يؤدي إلى نــوع مــن الاسترقاق وهو غير جائز في العصر الحديث، وتطبيقاً لذلــك أجاز القانون للعامل إنهاء عقد العمل غير محدد بالمدة بإرادته المنفردة لأن عقد العمل إذا استمر مدى الحياة فإنه يتنافى مــع الحرية الشخصية[٢].

أما الحق العيني فهو حق مؤبد لأن محله ليس عمل شخص

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٤٤.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٤٥.

معين وإنما شيء محدد فيبقى ما بقى هذا الشيء قائما كقاعدة عامة ولا سيما حق الملكية، ولكنه قد ينتهي بانتهاء مدة معينة أو بأسباب أخرى في الحقوق العينية الأخرى على نحو ما سبق بيانه، حيث يستند الحق العيني في هذه الحالات على حق شخصي في الواقع وينتهي بانتهائه.

٤- الحق العيني يمنح لصاحبه ميزتي التقدم والتتبع على النحو السابق بيانه، أما الحق الشخصي فهو لا يعطي لصاحبه أيا من هاتين الميزتين لأنه لا يرد على شيء محدد حتى يمكن للدائن تتبعه، فضلا عن أن القاعدة هي أن جميع الدائنين متساوون في استيفاء حقوقهم من أموال المدين فلا يتقدم أحدهم على الآخرين إلا إذا كان له حق عيني تبعي من رهن أو اختصاص أو امتياز كما سبق ذكره.

٥- الحقوق العينية واردة في القانون على سبيل الحصر(١)، أما الحقوق الشخصية فلا حصر لها ويمكن للأفراد إنشاء ما يشاءون منها دون قيد على حريتهم في ذلك، سوى مراعاة

---

(١) وهناك من يرى عكس ذلك : أنظر الدكتور / عبد المعطي الخيال : مذكرات في الأموال – بند ٩٥ – مشار إليه لدى الدكتور / محمود عبد الرحمن – هامش ١ – ص ٨٨.

النظام العام أو الآداب العامة، لأنها ترد على عمل المدين والأعمال لا حصر لها. ولكن يجب ملاحظة أن الحقوق الشخصية يمكن حصرها من حيث مصدر إنشائها وليس من الإرادة المنفردة، وثانية مصدرها العمل غير المشروع كما إذا دهم سائق بسيارته أحد المارة، وثالثة مصدرها الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب كما إذا رأى شخص جدار جاره يوشك أن ينقض فأقامه، إذ يثبت لمن أصابته السيارة أو لورثته الحق في التعويض وكذلك يكون لمن أقام الجدار مطالبة الجار بالتعويض ، وهناك أخيرا حقوق شخصية مصدرها القانون مثل حق النفقة بين الأقارب(١).

٦- وأخيرا فإن الحقوق العينية وحدها هي التي يجوز كسبها بالتقادم المكسب أي بالحيازة المستوفية للشروط القانونية مع مضي مدة معينة، أما الحقوق الشخصية فلا يمكن كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، لأن هذا التقادم يقوم على الحيازة وهي واقعة مادية، في حين أن الحق الشخصي يقوم على عمل المدين أو امتناعه وهو أمر معنوي لا يتصور حيازته(٢).

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٧.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٦.

٧- يجوز التنازل عن الحقوق العينية أو التخلي عنها بإرادة صاحب الحق العيني فقط، بعكس الحقوق الشخصية التي لا يمكن التنازل عنها للغير إلا بالاتفاق مع المدين أو على الأقل علمه بذلك [١].

---

(١) وقد طبق المشرع المصري ذلك حيث منع الدائن من تحويل حقه إلى شخص آخر وهو ما يعرف باسم " حوالة الحق " إلا إذا قبل المدين الحوالة أو أعلن بها – مادة / ٣٠٥ مدني . – أيضاً يشترط موافقة الدائن على حوالة الدين – مادة/٣١٥ مدني.

المطـــــلب الثالث

" الحقوق الأدبية أو المعنوية (الحقوق المختلطة)"

تمهيــد ونطاق الدراســـة :

عرفنا فيما تقدم أن الحقوق تنقسم إلى طـــائفتين كبــيرتين أولاهما الحقوق العينية ، وثانيهما الحقوق الشخصية، وقــد اســتقر فقهاء القانون على الاقتصار على هذا التقسيم حتى القــرن الثــامن عشر .

غير أنه بتداءا من القرن التاسع عشر، أفرز تطور الحيـــاة طائفة ثالثة من الحقوق، لا هي مالية بحتة ولا هي غير مالية بصفة مطلقة بل تجمع بين الصفتين، تلك هي حقوق الملكيـــة الأدبيـــة أو المعنوية[١] والتي شاع تسميتها باسم " الحقوق الذهنيـــة " وإن كنـــا نفضل التسمية الأولى لشمولها لكل الحقوق التي تدخل تحت هـــذه الطائفة الجديدة.

فالحقوق الأدبية أو المعنوية هي تلك الحقوق التي ترد علـــى شيء غير مادي، مثل حق المؤلف على مؤلفه، وحق المخترع على

(١) أنظر في ذلك : د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٢٩٢.

اختراعه، وحق الملحن على ألحانه، وحق الرسام على رسوماته وغيرها كثير.

وقد اهتمت الدول بتنظيم حقوق الملكية الأدبية والمعنوية، وحمايتها سواء عن طريق إصدار تشريعات داخلية خاصة بتنظيم تلك الحقوق وحمايتها أو عن طريق عقد اتفاقيات دولية لهذا الغرض تحقيقا لتوحيد قواعد وأحكام هذه الحقوق على صعيد المجتمع الدولي[١].

ولم يتناول المشرع المصري تنظيم تلك الحقوق إلا في وقت متأخر نسبيا، وبدأ ذلك التنظيم بإصدار القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببعض الأحكام المتعلقة بالعناصر المعنوية للمحل التجاري، واستمرت التشريعات تتوالى في هذا الصدد ، حتى صدر قانون حماية حقوق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ والذي تضمن تنظيما

---

(١) عقدت اتفاقيات دولية متعددة في هذا الصدد نذكر منها اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية، والصادرة في ١٨٨٣/٣/٣٠ ، وكذلك مشروع حماية حقوق المؤلف الصادر عن جامعة الدول العربية سنة ١٩٤٢ ، وكذا اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٢ والخاصة بحماية حقوق المؤلف .

شاملاً لهذا الحق [١].

وقد تم تعديل بعض أحكامه بموجب القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ الصادر في ١٩٩٢/٦/٤ وسيكون محل اهتمامنا في هذه الدراسة. كما صدر القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٤ متضمناً تعديل بعض أحكام حقوق المؤلف[٢].

وتنقسم الحقوق المعنوية إلى طائفتين : الأولى تشمل حقوق الملكية الصناعية والتجارية كالحق في براءات الاختراع والنماذج والعلامات التجارية والاسم التجاري وغيرها، وهذه تدخل دراستها بالتفصيل في مؤلفات القانون التجاري فنحيل الطالب إلى تلك المؤلفات .

أما الطائفة الثانية فهي تتضمن حقوق المؤلف وترد على خلق فكري معين سواء في مجال العلوم أو الفنون أو الآداب، وهذه الطائفة هي التي ستكون محل دراستنا وهي تعرف باسم " الحقوق الذهنية" أو حقوق المؤلف وندرسها طبقاً لقانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤،

(١) وقبل ذلك كان القضاء يتدخل لحماية حقوق المؤلف مستنداً في ذلك إلى قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة : أنظر في ذلك :
د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٢٩٣ ، هامش ٤ بنفس الصفحة والصفحة التالية .

(٢) جدير بالذكر أن هناك مشروع قانون يتضمن تعديلات تشريعية خاصة بحقوق المؤلف بما يساير أحدث المستجدات العلمية والتقنية، وهذا المشروع محل دراسة من جانب الجهات المختصة ولم ير النور بعد .

وقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ وأيضا سنشير إلى أهم التعديلات التي أتى بها قانون ٢٩ لسنة ١٩٩٤.

ونقسم الدراسة في هذا الموضوع إلى أربعة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول : المقصود بحق المؤلف الذي تشمله حماية القانون

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لحق المؤلف.

الفرع الثالث : مضمون حق المؤلف وخصائصه.

الفرع الرابع : وسائل حماية حق المؤلف .

وفيما يلي تفصيل القول في هذه الموضوعات .

الفرع الأول

" المقصود بحق المؤلف الذي تشمله حماية القانون "

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ في فقرتها الأولى على أن [١]:

---

(١) صدر هذا القانون في ١٩٥٤/٦/٢٤ - ونشر في الوقائع المصرية في ١٩٥٤/٦/٢٤ أيضا - العدد ٤٩ مكرر.

" يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والعلوم والفنون، أيا كان نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها ... " .

ويتضح من هذا النص أن الحق الذي نظمه المشرع وأسبغ عليه الحماية هو حق المؤلف على مصنفاته المبتكرة، ولكي نعرف المقصود بهذا الحق يلزم أن نحدد أمرين : الأول المقصود بالمؤلف، والثاني ماهية المصنف .

أولاً : المقصود بالمؤلف

يقصد بالمؤلف في تطبيق أحكام قانون حماية حق المؤلف كل من أنتج إنتاجاً ذهنياً أيا كان نوعه ، وأيا كانت طريقة التعبير عنه طالما كان هذا الإنتاج ينطوي على قدر معين من الابتكار"(١).

وهذا المعنى هو الذي اعتنقه المشرع في نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

ومن السهل تحديد المؤلف صاحب الحق إذا كان فرداً، حيث يعتبر هو الشخص الذي نُشر المصنف مقترناً باسمه أو باسم مستعار أو بأية طريقة أخرى من الطرق المتبعة في نسبة

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٨٣.

المصنفات لمؤلفيها، فالنشر بهذه الصورة قرينة على أنه المؤلف صاحب الحق الذهني وهذا ما نصت عليه المادة ١ / ٢ ، غير أن تلك القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، ومن ثم يجوز لمن يدعى أنه المؤلف الحقيقي وليس الشخص الذي نُسب المصنف إليه، أن يثبت أنه صاحب الحق ويطالب برفع الاعتداء الواقع على مصالحه، فإذا نجح في هذا الإثبات كان هو المؤلف الذي يحمي القانون حقه[١].

أما إذا كان المؤلف أكثر من فرد ونقصد بذلك حالتي التأليف المشترك والتأليف الجماعي. فإن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل على الوجه الآتي :

(أ) المصنف المشترك : هو الذي يشترك في إخراجه وابتكاره أكثر من شخص واحد .

وفي هذه الحالة يتعين معرفة حق كل منهم على هذا المصنف المشترك، وقد بين المشرع ذلك في المادة ٢٥ وما بعدها من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، حيث فرق بين حالتين :

الأولى : إذا كان اشتراك أكثر من شخص في إنتاج المصنف

---

(١) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٩٦ – ٩٧.

مختلطا على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم عـن نصيب الآخرين في العمل المشترك، ففي هذه الحالة يعتبرون جميعا أصحاب حق على المصنف المشترك ككل وذلك بالتساوي فيما بينهم ما لم يوجد اتفاق بينهم على غير ذلك.

وتطبيقا لذلك يجب اتفاقهم بالإجماع لمباشرة أي سلطة على المصنف، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تولى القضاء الفصل فيما يثور بينهم من خلاف[١].

ولكن لا يشترط إجماعهم لحماية المصنف ضد أي اعتداء يقع عليه من الغير، حيث يمكن لأي من المؤلفين رفع الدعوى ضد المعتدي [٢].

والثانية : إذا كان اشتراك أكثر من شخص في إنتاج المصنف على نحو يمكن معه تحديد وتمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين، كما لو اختلف نوع الفن الذي يساهم به كل منهم في إنتاج المصنف المشترك، ومثال ذلك المصنفات السينمائية أو المعدة للتليفزيون، ففي هذه الحالة يجب الاعتراف لكل منهم بحقه الذهني على نصيبه المتميز واستغلاله بشرط ألا يؤدي استغلال هذا

---

(١) مادة / ٢٥ .

(٢) مادة /٢٥.

الجزء منفصلا إلى الإضرار باستغلال المصنف المشترك ومصالح الآخرين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك[١] .

والأصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يعطيه حقا استئثاريا على المصنف المشترك في مجموعه، بل يثبت هذا الحق لجميع الشركاء مما يتطلب موافقتهم جميعا لمباشرة سلطات الحق الذهني على مجموع المصنف [٢].

ومع ذلك فقد خرج المشرع على هذا الأصل في بعض الحالات، ومن ذلك أنه أجاز لمؤلف الشطر الأساسي في المصنف المشترك الانفراد بمباشرة الحق الذهني على مجموع المصنف دون حاجة إلى موافقة مؤلف الشطر الثاني[٣].

---

(١) مادة /٢٦ من قانون سنة ١٩٥٤.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٨٦.

(٣) طبقا لما تقضي به المواد : ٢٩ ، ٣٠ ، ٣٢ من قانون سنة ١٩٥٤. فالمادة ٢٩ في شأن مصنفات الموسيقى الغنائية تجيز لمؤلف الشطر الموسيقي وحده الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف كله أو تنفيذه بنشره أو بعمل نسخ منه. أما مؤلف الشطر الأدبي فلا يجوز له إلا نشر الشطر الخاص به وحده وبشرط ألا يكون أساسا لمصنف موسيقي آخر.

(ب) المصنف الجماعـــي :

ويعني " المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيـــه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحـــت إدارتـــه وباســـمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هـــذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كل مـــن المشتركين وتمييزه على حده [١].

ومن هذا التعريف نلاحظ أنه لا يكفـــي مجـــرد اشـــتراك مجموعة من الأشخاص في وضع المصنف لكي يمكن إطلاق اســـم المصنف الجماعي عليه، بل لا بد وأن يكون اشتراكهم في وضـــع هذا المصنف قد تم بناء على توجيه أو أمر شخص آخر طبيعـــي أو معنوي بحيث يتم وضع المصنف في الأصل لحساب هذا الشخص، ولا يمكن فصل عمل كل من المشتركين فيه وتمييزه عـــن عمـــل الآخرين، لأن مساهمتهم في وضع المصنف قد تمت فـــي ضـــوء الهدف الذي يرمي إليه الشخص الطبيعي أو المعنوي من وضعه[٢].

ومن أمثلة المصنفات الجماعية ، المصنفات التـــي توجـــه الدولة مجموعة من الأفراد إلى وضعها تحقيقا لغرض معين، بحيث

---

(١) مادة / ١/٢٧ من قانون ١٩٥٤.

(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٨٧.

ينشر المصنف باسمها لا باسمهم هم ، ويستحيل تمييز نصيب كل منهم في المصنف على حده[١].

ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي هو مؤلف المصنف الجماعي[٢]، وذلك على خلاف الحقيقة، حيث يعتبر الأفراد الذين قاموا بوضعه هم مؤلفوه الحقيقيين أما الشخص الطبيعي أو المعنوي فلم يقدم أية مساهمة فكرية أو ذهنية في وضع المصنف، ومع ذلك فقد اعتبره المشرع هو صاحب الحق على المصنف وذلك بقصد تفادي ما قد ينشأ من صعوبات واختلافات بين المؤلفين الحقيقيين إذا تم إسناد المصنف إليهم .

إذ افترض المشرع أن الشخص الطبيعي أو المعنوي هو مؤلف المصنف على خلال الواقع[٣].

ثانيا : ماهية المصنف محل الحماية (المصنف المبتكر) :

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فإن المصنف الذي يحميه القانون هو المصنف المبتكر.

---

(١) د/ حسن كيرة : نفس الإشارة ، وانظر في نقد هذا الوضع : د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق – ص ١٢٩.

(٢) مادة / ٢/٢٧ من قانون ١٩٥٤ .

(٣) د/ توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية – القاهرة – ١٩٨١ – ص ٥٣٥، ص ٥٤٠.

ويقصد بالمصنف كل إنتاج ذهني أيا كانت طريقة التعبير عنه سواء أكان بالكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة(١).

وعلى ذلك فأن كلمة مصنف لا تعتبر مرادفا لكلمة " كتاب " بل لها معنى أوسع من ذلك(٢)، حيث تشمل كل إنتاج ذهني أيا كانت طريقة التعبير عنه، فليست الكتابة شرطا لاكتساب الإنتاج الذهني لوصف " المصنف " (٣).

ولكن يشترط أن يكون المصنف مبتكرا حتى تشمله الحماية القانونية ، وهو يكون كذلك متى كان الإنتاج الفكري أو الذهني متميزا بطابع معين يبرز شخصية صاحبه(٤).

وانطلاقا من ذلك فلا يشترط أن يشتمل المصنف على أفكار وآراء جديدة لم تكن معروفة من قبل، وإنما يكفي أن يتميز المصنف بطابع أوسمة معينة تبرز شخصية صاحبه سواء من ناحية

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٨٣.

(٢) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٢٩٥.

(٣) فالمصنفات التي تلقي شفويا كالمحاضرات والخطب تأخذ صفة المصنفات طبقا لنص المادة الثانية من قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(4) Desbois : le droit d'auteur – paris - 1950-No 5 et S.

عرض الموضوع أو تركيب المسائل التي يعالجها أو الأسلوب الذي اتبعه[١].

وتطبيقا لذلك فإن الترجمة تعتبر مصنفا يحميه القانون طالما كانت تبرز شخصية المترجم الخاصة في انتقاء اللفظ والأسلوب واختيار العبارات على نحو يوافق المعنى الأصلي إذا كان من شأن الترجمة الحرفية تشويه المعنى أو تحريفه .

وقد يقوم المترجم بتلخيص المصنف الأجنبي أو التعليق على مضمونه وفي هذه الحالة أيضا تشكل الترجمة مصنفا يحميه القانون[٢].

نخلص مما تقدم أنه يشترط أن يبذل المؤلف مجهودا ذهنيا في وضع المصنف مهما كان هذا الجهد ومهما كانت قيمته أو نتائجه[٣].

فإذا لم يبذل الشخص جهدا ذهنيا على هذا النحو، فإن المصنف لا يعتبر مبتكرا ولا يحميه القانون[٤]، وترتيبا على ذلك

(١) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٢٩٦ ، ص ٢٩٧.
(٢) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٤٨٤.
(٣) نقض مدني : ١٩٦٤/٧/٧ – مجموعة أحكام النقض – س ١٥ – رقم ١٤١ ص ٩٢٠ .
(٤) د/ أحمد سلامة : ص ٢٩٧.

فإنه لا يشكل مصنفا مبتكرا مجرد القيام بجمع بعض القطع الشعرية أو النثرية أو الموسيقية ، وكذلك مجرد القيام بتجميع النصوص القانونية أو الأحكام القضائية إذا اقتصر عمل الشخص الذي قام بمثل هذه الأعمال على مجرد بذل المجهود البدني، أما لو بذل مجهودا ذهنيا في ترتيب أو عرض هذه المقطوعات أو النصوص أو الأحكام فإن صفة المصنف المبتكر تتوافر في هذه الحالة[١].

وفي كل الأحوال يشترط أن يخرج الإنتاج الذهني المبتكر إلى حيز الوجود وذلك بالتعبير عنه بأية طريقة كانت[٢]، ويكفي أن يتجسم وينفصل عن ذهن أو شخص صاحبه فليس بشرط أن ينشر على الملأ[٣].

هذا وقد حددت المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ والمعدلة لنص المادة الثانية من قانون ١٩٥٤، المصنفات

---

(١) مادة ٤ فقرة أخيرة من قانون ١٩٥٤.

وأنظر في ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٣٧٥.

(٢) ويعبر البعض عن ذلك باشتراط انتقال الفكرة من ذهن المؤلف إلى العالم الخارجي، راجع د/ رمضان أبو السعود : المرجع سالف الذكر - ص ٤٤٦.

(٣) د/ أحمد سلامه : المرجع السابق - ص ٢٩٦ ، حيث يذكر سيادته أن الفقه يميز بين مراحل ثلاث : الفكرة ، والتصميم ، والتعبير أي إخراج التصميم إلى حيز الوجود، وهذه المرحلة الأخيرة فقط هي التي يطلق عليها لفظ المصنف .

التي يحميها المشرع فذكرت الآتي[١] :

" تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون مؤلفي "

- المصنفات المكتوبة .

- المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان والحفر والنحت والخزف والعمارة .

- المصنفات التي تلقي شفوياً، كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها.

- المصنفات التمثيلية والتمثيليات الموسيقية .

- المصنفات الموسيقية ، سواء اقترنت بالألفاظ، أو لم تقترن بها.

- مصنفات التصوير المرئية والمصنفات السينمائية وما يماثلها من مصنفات، يصدر بتحديدها قرار من وزير الثقافة[٢].

- الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية).

- المصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا، أوالطبوغرافيا، أو العلوم.

---

(١) صدر هذا القانون في ١٩٩٢/٦/٤ ، ونشر في الجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) في ١٩٩٢/٦/٤ أيضاً

(٢) وكان يسمى وزير الإرشاد القومي " طبقا لنص المادة الثانية من قانون ١٩٥٤، حيث حل تعبير " وزير الثقافة " محل هذه التسمية طبقاً لنص المادة الأولى من قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢.

- المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات وتكون معدة ماديـــا للإخراج.

- المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية .

- المصنفات السمعية والسمعية البصرية التي تعد خصيصا لتذاع بواسطة الإذاعة السلكية ، أو اللاسلكية، أو التليفزيـــون، أو أجهزة عرض الأشرطة، أو أية وسيلة تقنية أخرى .

- مصنفات الحاسب الآلي من برامج وقواعد بيانات وما يماثلــها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة.

- وتشمل الحماية، مؤلفي المصنفات التي يكون التعبـــير عنـــها بالكتابة أو الصوت ، أو الرسم ، أو الحركة ، أو التصويـــر ، كما تشمل كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزا بطابع ابتكاري ولم يكن لفظيا جاريا للدلالة على موضوع المصنف ".

وأول ما نلحظه على تلك المادة في صورتها المذكورة أنـــها قد مدت الحماية إلى مصنفات جديدة لم تكن محمية من قبل، وأهمها مصنفات الحاسب الآلي ، والتي ظهرت وتزايدت في الوقت الحالي واكتسب أهمية كبيرة خاصة في ظل التقدم التكنولوجي الذي يســود العالم الآن، ومن هنا فقد أحسن المشـــرع صنعـــا بحمايـــة تلــك

المصنفات[١].

كذلك يلاحظ أن هذه المصنفات التي ذكرتها المادة الثانية من قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ قد وردت على سبيل المثال لا الحصر[٢]، حيث أن هناك مصنفات أخرى منصوص عليها في بعض نصوص القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ومن ذلك نص المادة الثالثة الخاص بالمصنفات المترجمة ، والمادة الرابعة في فقرتها الأخيرة الخاصة بالمصنفات التي تقوم على تجميع وتبويب بعض القطع الأدبية أو النصوص القانونية أو الأحكام القضائية، وهاتين المادتين لايزال حكمهما سارياً في ظل القانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢.

---

(١) أنظر في الملاحظات الواردة على التعديلات التشريعية التي أتى بها قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ مؤلف الزميل الأستاذ الدكتور / محمد حسام محمود لطفي : المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء الفقه والقضاء - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ٧٧.

(١) وإن كانت عبارات المادة الثانية في مستهلها قد توحي بغير ذلك حيث تقول " **تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون ما يلي** " مما قد يفهم منه أنها قد حددت المصنفات المحمية على سبيل الحصر لا المثال غير أن النظر إلى النصوص التي ما زالت سارية من قانون ١٩٥٤ يفيد أن هذا التحديد على سبيل المثال لا الحصر بدليل وجود مصنفات أخرى نصت عليها مواد أخرى، فضلا عن صعوبة حصر المصنفات لصعوبة التنبؤ بما يستجد مستقبلا . وفي هذا المعنى : الزميل الأستاذ الدكتور / محمد عبد الظاهر حسين : المدخل للدراسات القانونية - نظرية الحق - دار النهضة العربية - بنيسويف - ٢٠٠١ - ص ٧٣.

الفـــــرع الثانـــــي
" الطبيعة القانونية لحق المؤلف "

اختلف الفقه والقضاء حول تكييف حق المؤلف وهل هو حق ملكية أدبية أم أن له طبيعة خاصة ؟

ولعل السبب في هذا الجدل يكمن في أن حق المؤلف يشتمل على جانبين أحدهما أدبي والآخر مالي(١).

وسنعرض أولا الرأي القائل أن حق المؤلف حق ملكية، ثـم نبين الرأي الصحيح في تكييف حق المؤلف ، وفقا لما يلي :

أولا : تكييف حق المؤلف على أنه حق ملكية :

ذهب الفقه والقضاء قديما في فرنسا إلى تشـــبيه الحقـوق الذهنية وخاصة حق المؤلف بالحقوق العينية، حيث رأوا أن حـــق المؤلف يعتبر صورة من صور حق الملكية، فهو حق ملكية علـــى شيء معنوي غير ملموس ويعطي للشخص ســـلطات علـــى هـــذا الشيء تماما كما يعطي حق الملكية لصاحبه سلطات معينة علـــى

---

(١) للمزيد من التفصيل حول طبيعة حق المؤلف والاختلافات الفقهية بشأنه راجـع : د/ عبد الرشيد مأمون : الحق الأدبي للمؤلف – النظرية العامـــة وتطبيقاتـــها" – رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٧٥، ومنشـــورة ســـنة ١٩٧٨ ، ص ٢١ وما بعدها .

الشيء المادي، كل ما هنالك أن سلطات المالك تنصب على شـيء معنوي في حالة حق المؤلف، وعلى شيء مـادي بالنسـبة لحـق الملكية. ولتمييز حق ملكية المؤلف عن الملكية التقليدية أطلقوا عليه تعبير " الملكية الأدبية أو الفنية (١).

غير أن هذا التكييف كان ولا زال مثارا للنقد مـن جـانب الفقه الحديث والذي يرى في حق المؤلف نوعا متميزا من الحقوق، أي حق ذات طبيعة خاصة وهو ما نعرضه في النقطة الآتية :

ثانيا : حق المؤلف ذو طابع خاص (حق مزدوج) :

ذهب معظم الفقه الحديث إلى رفض تشبيه حـق المؤلـف بالحق العيني وخاصة حق الملكية وذلك اسـتنادا إلـى الأسـباب الآتيـة:

---

(١) أنظر فيمن ذهبوا إلى هذا الرأي في الفقه الفرنسي :
-Josserand : Lecons de droit civil français – T.I- 2 èd-No-1927.
– وفي الفقه المصري : د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٧٥. وأنظـر في القضاء الفرنسي . استئناف بـاريس ١٨٥٣/١٢/٨ – سـيرى ١٨٥٤ – ص ١٠٩، وفي القضاء المصري : محكمة القاهرة الكلية : ١٩٨٤/٣/١٠ . المحامـاة س ١٦ – رقم ٣٤٠ – ص ٧٣٤ ، والأحكام الأخرى المذكورة لدى : د. محمـود جمال الدين زكي : المرجع السابق – هوامش ٣ ، ٧ ، ٨ – ص ٣٨٢ .

١- أنه تكييف لا يتفق مع المفهوم التقليـدي المعـروف للملكيـة باعتبارها ترد على الأشياء المادية وحدها، فلا يمكن أن تـرد على الأشياء غير المادية .

٢- أن حق المؤلف يتضمن جانبا معنويا وثيق الصلـة بشـخص صاحبه ولا ينفصل عنه مما ينعكس على الاستغلال المـالي لحق المؤلف.

٣- أن الملكية التقليدية التي ترد على شيء مادي تمنح صاحبـها وحده سلطة استعمال الشيء والاستفادة منه دون غيره، أمـا حق المؤلف فلا يتيح لصاحبه تلك الميزة حيث لا يسـتطيع أن يقصر على نفسه حق استعمال أفكاره، بـل تكـون وسـيلة المؤلف لاستعمال حقه بتداوله بيـن النـاس دون الاسـتعمال الفردي.

٤- أن حق الملكية التقليدي بطبيعته دائم ومستمر يبقى مـا بقـي الشيء الذي يرد عليه، في حين أن حق المؤلـف فـي جانبـه المالي حق مؤقت ينتهي بانتهاء مدة حددها القـانون، ويصـير بعدها استعمال الإنتاج الذهني والاستفادة منه مباحا للجمهور[١].

---

(١) أنظر في تلك الانتقادات بالتفصيل لدى :
Desbois : Op. Cit – Nos ; 232, 233.
- د. محمد على عرفه : شرح القانون المدني الجديد – حق الملكية – جـ١ الطبعـة الثالثة – ١٩٥٤ – بند ٣٧٦، د. السنهوري : جـ٨ – حق الملكيـة – ص ٢٧٨ وما بعدها .

وتحت تأثير تلك الانتقادات يرى الفقه المعاصر في غالبيته أن حق المؤلف هو حق من نوع خاص فهو ليس حقا شخصيا ولا حقا عينيا، بل له صفة أو طبيعة خاصة إذ يشتمل على جانبين أحدهما أدبي والآخر مالي، والأول يعبر عن أحقية الشخص في إنتاجه الذهني والثاني يعطي له الحق في استغلال هذا الإنتاج[١].

وقد تأثر المشرع المصري بهذا الاتجاه الجديد، سواء في القانون المدني أو في نصوص قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، حيث أعرض المشرع في القانون المدني عن وصف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية بعد أن كان القانون المدني القديم يوحي بذلك، وفضلا عن هذا فقد عبر قانون ١٩٥٤ صراحة عن أن حق المؤلف يتضمن جانبين أحدهما معنوي أو أدبي والآخر ذو طبيعة مالية، فهو حق ذو طبيعة مزدوجة .

---

(١) أنظر على سبيل المثال في الفقه : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - ص ٥٥ وما بعدها، د/ حسن كيرة : ص ٤٨٨ وما بعدها ، د / فتحي عبد الرحيم : ٧٥، د/ محمود عبد الرحمن : ص ١٠٥.

الفـــــرع الثالث

" مضمون حق المؤلف وخصائصـــه "

نبحث أولا : مضمون حق المؤلف ثم نتبـــع ذلــك ببيـــان خصائصه :

" أولا : مضمون حق المؤلف "

انتهينا إلى أن حق المؤلف ذو طبيعة مزدوجة إذ يتضمـــن في الحقيقة حقين منفصلين أحدهما أدبي والآخر مالي وهو ما نبينـه الآن :

(أ) الحق الأدبي للمؤلف :

وهو تعبير عن المصلحة المعنوية للمؤلف والتي تنشأ مـــن الصلة الوثيقة بين المؤلف وإنتاجــــه الفكـــري باعتبـــاره امتـــدادا لشخصيته ، وتخوله سلطات معينة تكفل احترام وحماية مصنفة.

والحق الأدبي على هذا النحو يعتبر من الحقوق المتصلـــة بشخصية المؤلف " حقوق الشخصية " وبالتـــالي تتحـــدد ســـلطات المؤلف انطلاقا من هذه الطبيعة [١].

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٧٦.

السلطات التي يمنحها القانون للمؤلف استنادا إلى حقه الأدبي :

لما كان المصنف تعبيرا عن أفكار صاحبه أو معتقداته وكاشفا في ذات الوقت عن ثقافته، فإن المشرع قد منح التصرف في الحق الأدبي للمؤلف[١]، ، على أساس أنه لا يقوم بالمال ومن ثم لا يجوز الحجز عليه أو التصرف فيه[٢].

وانطلاقا من ذلك فقد منح المشرع للمؤلف سلطات معينة تهدف إلى حماية حقه الأدبي مراعاة لطبيعته، وتلك السلطات هي :

١- سلطة نشر المصنف :

المؤلف وحده هو صاحب الكلمة الأولى في تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره، كما أنه صاحب الحق في إعادة نشره أيضا[٣].

فهذه مسألة شخصية بحتة يرجع تقديرها إلى المؤلف وحده، فقد يرى أن المصنف صالح للنشر فيقوم بنشره على الجمهور، وقد يرى على العكس الامتناع عن النشر حفاظا على سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية، ويجب احترام تلك الرغبة وعدم إجبار المؤلف على نشر

---

(١) مادة / ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - ص ٥٤.

(٣) مادة / ١/٥ من قانون ٣٥٤.

مصنفه لأن مثل هذا الإجبار يمثل اعتداءا على حق من الحقوق اللصيقة بشخص المؤلف وهو حقه في التمتع بسمعة طيبة إذا لم يكن راضيا عن إنتاجه الفكري(١).

وللمؤلف كذلك سلطة مطلقة في تحديد طريقة النشر، فقد ينشر مصنفه مكتوبا أو شفويا أو بأي شكل آخر (٢).

وإذا قام المؤلف بنشر مصنفه على ضوء سلطته المطلقة في النشر فلا يجوز للغير أن يقوم بتكرار النشر أو التقديم دون الحصول على إذن مسبق من المؤلف(٣).

إلا أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة فأجاز للغير تكرار نشر المصنف أو تقديمه بطريقة أخرى دون إذن من المؤلف في بعض الحالات مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري"(٤).

---

(١) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٧٠.

(٢) مادة / ١/٥ من قانون ٣٥٤.

(٣) أنظر حول مسألة سبق النشر وتأثيرها على الحماية القانونية للحياة الخاصة مؤلفنا : الحياة الخاصة ومسئولية الصحفي – دراسة فقهية قضائية مقارنة – دار الفكر العربي – القاهرة – ٢٠٠١ م .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف – النشرة التشريعية – يونيو ١٩٥٤ – ص ١٣٢٤ .

ومن هذه الحالات ما تقضي بـه المـادة ١١ مـن قـانون ١٩٥٤، من أنه لا يجوز للمؤلف بعد نشر مصنفه، أن يمنع إيقاعـه أو تمثيله أو إلقائه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو فـي منتـدى خاص أو مدرسة، مادام لا يُحصل في نظير ذلك رسـم أو مقـابل مالي. أيضاً لا يجوز للمؤلف الذي نشر مصنفه أن يمنع أي شخص من عمل نسخة وحيدة من هذا المصنـف لاسـتعماله الشـخصي، وكذلك المصنفات السمعية والبصرية والسمعية البصريـة إذا تـم إذاعتها كاملة بالإذاعة أو عرضها بالتليفزيون(١).

٢- سلطة سحب المصنف من التداول :

يجوز للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول بعد نشـره إذ رأى أن نشره يسئ إلى سمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية .

وقد أجاز المشرع له ذلك في المادة ٤٢ من قانون ١٩٥٤.

وطبقاً لنص هذه المادة فإنه يجوز للمؤلف وحده إذا طـرأت أسباب خطيرة أن يطلب من المحكمة الابتدائيـة الحكـم بسـحب مصنفه من التداول برغم تصرفه فـي حقوق الاستغلال المالـي ،

---

(١) مادة / ١٢ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢

وهناك استثناءات أخـرى نصت عليـها المـواد ١٣ ، ٣٥ /٢ مـن قـانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤

ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض مقدما من آلت حقوق الاستغلال المالي إليه تعويضا عادلا يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم .

وبناء على ذلك فإن سلطة المؤلف في سحب مصنفه من التداول تكون مطلقة في حالة عدم تصرفه في حق الاستغلال المالي للغير، أما إذا كان قد تصرف في حق الاستغلال المالي الذي له على مصنفه للغير ففي هذه الحالة يشترط طبقا لنص المادة ٤٢ لسحب المصنف من التداول ثلاثة شروط هي :

الشرط الأول : أن تطرأ أسباب خطيرة بعد نشر المصنف تبرر سحبه من التداول : ولم يحدد النص المقصود بهذه الأسباب الخطيرة، ونرى أنها تدور حول المساس بالسمعة الأدبية أو الفنية أو العلمية للمؤلف، والمحكمة هي التي تقدر مدى خطورة هذه الأسباب وما إذا كانت تشكل ضررا جسيما على سمعة المؤلف .

الشرط الثاني : أن يتم السحب بناء على طلب من المؤلف يقدم إلى المحكمة الابتدائية : فلا يجوز للمؤلف أن يقوم بسحب مصنفه من التداول من تلقاء نفسه في هذه الحالة المنصوص عليها في المادة ٤٢، بل لا بد وأن يبدي رغبته في السحب أمام المحكمة الابتدائية المختصة.

الشرط الثالث : أن يقوم المؤلف بدفع مبلغ على سبيل التعويض مقدماً لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالي والمحكمة هي التي تقدر مبلغ التعويض وبشرط أن يكون تعويضاً عادلاً، وذلك خلال مدة تحددها المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم .

والحكمة من اشتراط دفع التعويض أن نشر المصنف قد تعلق به حقاً مالياً للغير، فالعدالة توجب تعويضه عن هذا الحق في حالة سحب المصنف من التداول(١).

إذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة الابتدائية المختصة أن تأمر بسحب المصنف من التداول بعد نشره .

٣- سلطة تعديل المصنف :

للمؤلف وحده أن يدخل التعديلات التي يراها على مصنفه(٢)، فقد يرى إدخال تحسينات عليه بالإضافة أو بالحذف أو بالتعديل لكي يصبح مسايراً لتغير الزمن وتقدم العلم وتطور الفكر.

---

(١) وقد انتقد الفقه بحق اشتراط دفع التعويض مقدما، لأنه قد لا يكون في استطاعة المؤلف أن يدفع هذا التعويض وبالتالي يظل مصنفه متداولا رغم خطورة الأسباب التي أبداها للمحكمة ، ولا معنى لأن يخص المشرع دين التعويض بكل هذه الرعاية لا سيما وقد قامت ضرورة ملحة تدعو إلى السحب . ويرى الفقه أنه كان يمكن للمشرع أن يشترط تقديم كفيل فيحقق بذلك هدفين : حماية المؤلف، وحماية الناشر : أنظر في ذلك : د/ أحمد سلامة : المرجع السابق - هامش ١ - ص ٣٠٠ ، ص ٣٠١ .

(٢) مادة / ١/٧ من قانون ٣٥٤.

ولا يجوز لغير المؤلف القيام بتعديل المصنف أو التحوير فيه، كما أن للمؤلف أن يمنع أي حذف أو تغيير في مصنفه(١).

ويجوز له كذلك أن يقوم بترجمة المصنف إلى لغة أخرى، إلا إذا أذن كتابيا لغيره بالترجمة، أو صدر هذا الإذن ممن يخلف المؤلف(٢).

٤- سلطة تعيين نسب المصنف :

طبقا لنص المادة التاسعة من قانون ٣٥٤ فإن للمؤلف وحده أن ينسب المصنف إليه وأن يدفع عنه أي اعتداء . فللمؤلف أن يقوم بنشر المصنف حاملا اسمه أو اسم مستعار إذا كانت هناك اعتبارات خاصة تحول دون الكشف عن شخصيته الحقيقية، بل يكون من حق المؤلف أن ينشر المصنف بدون اسم على الإطلاق طالما كان في مكنته أن يكشف عن انتساب المصنف إليه في أي وقت شاء مهما طال الزمن لأن هذا من الحقوق المتصلة بشخصه ولا يسقط بالتقادم(٣).

---

(١) مادة / ٩ من نفس القانون.
(٢) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٧١ .
(٣) د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ٤٩١ .

*** خصائص الحق الأدبي للمؤلف :** مما سبق يتبين أن الحق الأدبي للمؤلف له بعض الخصائص المميزة له باعتباره حقا لصيقا بشخصية المؤلف ومن ثم فإنه :

١- لا يجوز التصرف فيه سواء بمقابل أو بدون مقابل[١]، ولا يؤثر في ذلك جواز تنازل المؤلف عن حقه المالي في استغلال المصنف .

٢- لا يجوز الحجز عليه، لأن المؤلف وحده هو الذي يقرر نشر أو عدم نشر المصنف، ولا يملك دائني المؤلف الحلول محل المؤلف في ذلك، فضلا عن أنه طالما لا يجوز التصرف في الحق الأدبي للمؤلف فكذلك لا يجوز الحجز عليه حتى ولو كان لدى المؤلف نية نشر مؤلفه إذ قد تكون لديه أسبابا وجيهة تبرر الرجوع في نيته ويستقل هو بتقديرها. إلا أنه يجوز الحجز على نسخ المصنف الذي نشر بالفعل لأنها بمثابة أموال مادية قابلة للحجز، كما يمكن الحجز على ما يستحقه

---

(١) وقد أكدت ذلك المواد ١/٥ ، ١/٧ ، ٩ ، ٣٨ ، ٤٠ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

المؤلف من ثمن بيع تلك النسخ[١].

٣- والحق الأدبي للمؤلف لا يسقط بالتقادم أو عدم الاستعمال مهما طال الزمن ، بل ويظل باقيا للمؤلف بعد وفاته حتى ولو سقط حق الاستغلال المالي بعد مدة معينة، حيث يبقى المصنف منسوبا إلى مؤلفه .

غير أن المشرع قد قضى بانتقال الحق الأدبي إلى ورثة المؤلف وألزمهم بالحفاظ عليه والدفاع عن سمعة مورثهم الفكرية أو العلمية أو الفنية .

فقد نصت المادة ١٩ من قانون ٣٥٤ على أنه إذا مات المؤلف وكان قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأي أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به .

ويتبين من ذلك أنه إذا مات المؤلف بعد نشر المصنف كان

---

(١) ولكن لا يجوز للدائنين إعادة طبع ونشر المؤلف لاستيفاء حقوقهم لأن إعادة الطبع قد تضر المؤلف أدبيا إذا كان غير راض عن الطبعة الأولى، وهو الذي يستقل بتقدير ذلك : أنظر في عدم جواز الحجز على حق المؤلف وحدود هذا المنع : أستاذنا الدكتور / فتحي والي : التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ١٩٨ - ص: ٢٠٠ - بند ١٠٢.

لورثته الحفاظ على نسبة مصنفه إليه وعرضه بحالته دون تعديل، كما يجوز للورثة تعديل المصنف أو تحويره إذا كان ذلك لازما ليصبح المصنف ملائما للظروف الفكرية والواقعية المتغيرة، ولكن لا يجوز لهم سحب المصنف من التداول بعد أن كان المؤلف قد قرر نشره لأنه وحده صاحب الحق في تقرير النشر .

أما إذا مات المؤلف قبل تقرير نشر المصنف، انتقل حق تقرير النشر إلى ورثته فيحق لهم أن يقرروا نشر المصنف أو عدم نشره مع مراعاة أمرين (١) :

أولهما : ما يكون المؤلف قد أوصى به قبل وفاته بالنسبة لنشر المصنف أو عدم نشره أو بأي أمر آخر ، حيث يجب احترام إرادته في هذا الشأن.

وثانيهما : مراعاة ما يمليه الصالح العام من ضرورة نشر المؤلفات القيمة لينهل طلاب الثقافة من خيرها ونفعها .

وقد أجاز المشرع لوزير التربية والتعليم أن يطلب من خلف المؤلف نشر المصنف بكتاب موصي عليه بعلم الوصول، وذلك إذا

---

(١) أنظر في ذلك د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ١١٢ ومابعدها .

تقاعس الورثة عن نشر المصنف رغم ما في ذلك من نفع للصالح العام ، فإن لم يستجب الورثة لذلك خلال ستة أشهر كان للوزير أن يقوم بالنشر بعد استئذان القضاء[١] ، وتعويض الورثة تعويضاً عادلاً [٢].

(ب) الحق المالي للمؤلف :

إذا قرر المؤلف نشر مصنفه، فإنه يحق له استغلاله مالياً، وحينئذ يدخل المصنف في دائرة التعامل ويجوز التصرف فيه بوصفه حقاً مالياً .

وقد نصت المادة الخامسة في فقرتها الثانية من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ على ذلك قائلة : " **وله وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق إلا بعد الحصول على إذن كتابي من صاحب حق الاستغلال المالي للمصنف الأصلي أو خلفائه، ويتضمن الإذن طريقة ونوع ومدة الاستغلال** "[٣].

---

(١) رئيس محكمة القاهرة الابتدائية .

(٢) مادة / ٢٣ من قانون حماية حق المؤلف .

(٣) وكان نصها قبل التعديل يجري على النحو الآتي : " **يكون للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بأي طريقة من طرق الاستغلال ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه** ".

وعلى ذلك فإن للمؤلف أن يستغل مصنفه بالطريقة التي يراها :

١- فقد يرى نشره للجمهور بطريق مباشر (حق الأداء العلني):

وذلك بأية صورة، سواء بالإلقاء أو التلاوة العلنية أو العرض العلني ، أو الإذاعة اللاسلكية للصوت أو للصور ، أو العرض السينمائي أو بأية طريقة أخرى [١].

ويجب التقيد بالطريقة التي أذن بها المؤلف في نشر المصنف، فإذا كان قد أذن بإلقاء مصنفه، فإنه لا يجوز إذاعته على موجات الأثير، وإذا أذن بتمثيله على المسرح فهذا لا يجيز عرضه على شاشة التليفزيون[٢].

٢- وقد يرى المؤلف نشر أو نقل مصنفه إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة (حق النشر) : ويكون ذلك بنسخ صورة منه تكون في متناول الجمهور، سواء تم ذلك بطريقة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت على اسطوانات أو أشرطة مسموعة أو مرئية أو أية طريقة

(١) مادة ١/٦ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - ص ٣٨٧.

أخرى[١].

وللمؤلف الحق في ترجمة مصنفه إلى لغة أخرى أو التصريح للغير بذلك، ويستفيد ماديا من وراء هذه الترجمة[٢].

ويجوز للمؤلف كذلك تعديل مصنفه أو تحويره إلى لون آخر من ألوان الأدب أو الفن، ومثال ذلك تحويل قصة أدبية إلى فيلم سينمائي[٣].

وفي كل الأحوال لا يجوز للغير استغلال الحق المالي للمؤلف إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه، ويتضمن الإذن طريقة ونوع ومدة الاستغلال[٤].

وترتيبا على ذلك فإن أي تصرف في الحق المالي للمؤلف يجب أن يكون مكتوبا، ويذهب بعض الفقه إلى أن الكتابة في هذه الحالة تعد شرطا لانعقاد التصرف وليس لإثباته[٥].

---

(١) مادة ٢/٦ بعد تعديلها بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(٢) مادة : ٢/٧ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ .

(٣) مادة : ٢/٧.

(٤) مادة ٢/٥ المعدلة بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(٥) د/ أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ٣٠٩، حيث يستند إلى نص المادة ٣٧ والتي اشترطت لتمام التصرف أن يكون مكتوبا. ومن هذا الرأي : د/ حسن كيرة المرجع السابق – ص ٤٩٤ .

ولكن لا يهم طبيعة التصرف، فقد يتم بمقابل أو بدون مقابل، ومتى تم التصرف وجب على المؤلف الامتناع عن أي عمل يعطل انتفاع المتصرف إليه[(١)].

*** خصائص الحق المالي للمؤلف :**

يتميز الحق المالي للمؤلف بالآتي :

١- قابلية الحق المالي للتصرف : (جواز التصرف في الحق المالي)

يجوز للمؤلف أن يتصرف أو يتنازل عن حقه في استغلال مصنفه وهنا لا يؤثر بأي حال على حقه الأدبي الذي لا يملك النزول عنه .

وقد يتم التصرف بمقابل أو بدون مقابل كما تقدم، كما يمكن أن يكون نهائياً أو موقوتاً بمدة معينة، وقد يكون منجزاً حال حياة المؤلف أو مضافا إلى ما بعد الوفاة بالوصية[(٢)].

---

(١) د/ أحمد سلامة : الإشارة السابقة .

(٢) د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٧٧.
إلا أن المؤلف لا يتقيد بحدود الوصية وهو ثلث التركة في هذه الحالة إذ أعفاه المشرع من ذلك وأجاز له أن يوصي بحق الاستغلال المالي حتى ولو زاد على هذا القدر بل حتى ولو كان هو كل تركته (مادة : ٢/٢٨ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤).

ويجوز للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوق الاستغلال المالي(١).

ولكن يقع باطلا تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري المستقبل(٢)، وذلك حماية لهذا الجانب الفكري لشخصية المؤلف ومنعا من تقييده مقدما تقييدا أبديا(٣) .

٢- قابلية الحق المالي للحجز :

قلنا أن الحق الأدبي للمؤلف لا يجوز الحجز عليه ، ولكن إذا تم نشر المصنف فإنه يجوز الحجز من قبل دائني المؤلف على النسخ التي نشرت فعلا لأنها بمثابة أموال مادية يجوز الحجز عليها.

وقد نصت المادة العاشرة من قانون حماية حق المؤلف على أنه :" **إنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذي تم نشره، ولا يجوز الحجز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته** " .

---

(١) مادة : ١/٣٧ المعدلة بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(٢) مادة : ٤٠ من قانون ٣٥٤ .

(٣) د/ حسن كيرة : ص ٤٩٤.

ويتضح من ذلك أنه يجوز للدائن أن يحجز على الحق المالي للمؤلف في حالتين : **الأولى :** إذا تم النشر فعلا وبالنسبة للنسخ التي نشرت بالفعل ، **والثانية :** إذا لم يكن النشر قد تم وتوفي المؤلف ولكن ثبت أنه كان قد قرر نشر المصنف قبل وفاته ثبوتا يقينيا : ففي هذه الحالة يجوز لدائنيه أن يحجزوا على الحق المالي ذاته ويتم النشر لحسابهم لاستيفاء حقوقهم قبل المؤلف(١).

٣- انتقال الحق المالي إلى الورثة :

يعتبر الحق المالي عنصرا من عناصر الذمة المالية للمؤلف، ولذا فإنه ينتقل إلى ورثته بعد وفاته مثل أي مال آخر من أموال التركة(٢). ويجوز للمؤلف أن يوصي بالحق المالي لبعض الورثة دون البعض الآخر(٣). كما يجب مراعاة التعاقد الذي قام به المؤلف مع الغير قبل وفاته، إذ ينبغي ألا يؤدي انتقال الحق إلى الورثة إلى تعطيل استغلاله استغلالا تجاريا(٤) .

---

(١) د/ فتحي عبد الرحيم : ص ٧٨ ، ص ٧٩ .

(٢) مادة / ١٨.

(٣) مادة / ١٨.

(٤) د/ محمود عبد الرحمن : ص ١١٩.

وفي حالة وفاة أحد مؤلفي المصنف المشترك دون أن يترك وارث أو موصي له، فإن نصيبه يكون لباقي المؤلفين المشتركين وخلفهم ما لم يتفق على خلاف ذلك(١).

٤- الحق المالي مؤقت :

لم يشأ المشرع أن يجعل الحق المالي للمؤلف مؤبدا، وإنما جعله مؤقتا ينتهي بمضي مدة معينة، يصير بعدها المصنف جزءا من الثروة الفكرية العامة ، أو التراث الإنساني بحيث يكون من حق أي شخص الاستفادة من المصنف بإعادة نشره واستغلاله دون حاجة إلى استئذان الورثة .

وترجع الحكمة في تأقيت حق الاستغلال المالي، إلى مراعاة مصلحة المجتمع خاصة وأن المؤلف وورثته قد حصلوا على مقابل استغلال المصنف والذي هو في نفس الوقت مقابل المجهود الذهني الذي بذله المؤلف(٢).

وبناء عليه قرر المشرع سقوط حق الاستغلال المالي للمصنفات بعد مضى خمسين عاما تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف أو وفاة شخص آخر من المؤلفين المشتركين في مصنف واحد(٣)، أو

---

(١) مادة / ١/١٨ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

(٢) د/ محمود عبد الرحمن : ص ١٢٠.

(٣) مادة / ٢/٢٠ من قانون ١٩٥٤.

بمضي خمسين سنة على تاريخ النشر إذا كان صاحب المصنف شخصا معنويا [١]، أو كان المصنف غير منسوب لصاحبه أو كان قد نشر تحت اسم مستعار ولم يكشف المؤلف عن شخصيته خلال تلك المدة[٢].

إلا أن المشرع قد خرج على هذا المبدأ، وأورد عليه بعض الاستثناءات يسقط الحق المالي فيها بمضي مدة أقل من خمسين سنة، وتلك الاستثناءات أوضحتها المادة ٨ من قانون ١٩٥٤ ، واستجد بعضها في المادة ١/٢٠ من قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢.

وتتلخص هذه الاستثناءات في ثلاثة وهي :

الاستثناء الأول : يسقط حق الاستغلال المالي بمضي خمسة عشرة عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف، وذلك بالنسبة لمصنفات التصوير المرئية والمصنفات السمعية البصرية التي ليس لها طابع إنشائي واقتصر الأمر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا[٣] .

الاستثناء الثاني : يسقط حق الاستغلال المالي لمصنفات الحاسب الآلي بمضي عشرين سنة تبدأ من تاريخ إيداعه، وهذا حكم جديد

---

(١) مادة ٣/٢٠ من نفس القانون .

(٢) مادة ٢١ من قانون ١٩٥٤.

(٣) مادة / ١/٢٠ المعدلة بقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

استحدثه قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ في المادة ١/٢٠. غير أن هذا الاستثناء قد ألغى بموجب المادة الثانية من قانون ١٩٩٤/٢٩ تنفيذا لاتفاقية الجات، وبذلك تصبح مصنفات الحاسب الآلي خاضعة للقواعد العامة، أي لا يسقط الحق فيها إلا بمضي خمسين سنة(١).

الاستثناء الثالث : بالنسبة للمصنفات الأجنبية :

يسقط حق المؤلف في استغلالها عن طريق ترجمتها إلى اللغة العربية بمضي خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم هو بالترجمة أو يإذن للغير بذلك(٢).

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون ١٩٥٤ الهدف من ذلك حيث قالت أن : " **في هذا القيد تغليب للصالح العام على المصلحة الفردية للمؤلف، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحثه على مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الإنساني في مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة** "(٣).

---

(٢) أنظر : د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق - هامش ١ - ص ١٥٣، ص ١٦٧.

(٢) مادة / ٨ من قانون ١٩٥٤.

(٣) وذلك تعليقا على نص المادة الثامنة : أنظر : النشرة التشريعية يونيو ١٩٥٤ - ص ١٣٢٤ .

الفـــــــرع الرابع

" وسائل حماية حق المؤلف "

إن الاعتراف للمؤلف بحقه على مصنفه ، لا يكون له معنى إذا لم تكن هناك حماية تكفل ممارسة المؤلف لهذا الحـــق وعـــدم الاعتداء عليه من جانب الغير، فحق بلا حماية قانونية هو والعـــدم سواء .

ومن هذا المنطق فقد حرص المشرع علـــى حمايـــة حـــق المؤلف ونهج في ذلك طريقان :

أولاً : الجزاء المدني والإجراءات التحفظية :

إذا ما وقع اعتداء على المصنف، كان لمؤلفه أن يطلب مـن القضاء وقف هذا الاعتداء وللمحكمة أن تأمر بإزالة آثار الاعتداء .

فالإعتداء على حق المؤلف يشكل خطأ يستوجب مســـئولية فاعله، ولصاحب الحق أن يلجأ إلى المحكمة والتي لـــها أن تـــأمر بالإزالة العينية للإعتداء وذلك بـــإعدام نســـخ المصنـــف المقلـــده والأدوات والمواد التي استعملت في نشره إذا لم تكن صالحة لعمـــل آخر غير تقليد المصنف، كما يجوز للمحكمة المختصـــة أن تـــأمر بتغيير معالم النسخ والصور أو جعلها غير صالحة للعمل على نفقة

المسئول[١]، مع تعويض المؤلف أو خلفه عما أصابهم من ضـــرر (مادي وأدبي) نتيجة الاعتداء على المصنف وقد اعتبر المشـــرع دين التعويض في هذه الحالة دينا ممتازا على صـــافي ثمـــن بيـــع الأشياء والمبالغ المحجوز عليها وتأتي مرتبة هـــذا الامتيـــاز بعـــد امتياز المصروفات القضائية والمصروفات التي تنفق لحفظ وصيانة الأشياء المذكورة، نتيجة الإعتداء على المصنف.

ويجب على المحكمة أن تقضي بالتعويض في حالتين وهما: حالة كون المصنف رسومات وتصميمات لمهندس معماري ووقـــع الاعتداء عليه عن طريق إنشاء مبان طبقا لـــــه، وحالـــة ترجمـــة المصنف إلى اللغة لعربية دون إذن المؤلف، إذ لا يجـــوز إتـــلاف المصنف أو الصور أو الأدوات أوتغيير معالمه في هاتين الحالتين، وانما فقط الحكم بالتعويض على المعتدي .

كما أجاز القانون للمحكمة أن تقضي بالتعويض إذا كان حق المؤلف سينقضي بعد فترة تقل عن سنتين اعتبارا من تاريخ صدور الحكم مع عدم الإخلال بالجانب الأدبي لحق المؤلف[٢].

---

(١) مادة / ٤٥ من قانون ١٩٥٤.

(٢) نفس المادة المذكورة .

*** الإجراءات التحفظية :**

قدر المشرع أن الفصل في النزاع قد يستغرق وقتا طويــلا أمام المحكمة مما يصيب المؤلف بضرر كبير، ولتلافي ذلك أجــاز المشرع للمؤلف أو ورثته أن يتخذوا بعض الإجراءات التي تــهدف إلى المحافظة على الحق وتعرف باسم الإجراءات التحفظية، وحتى يتم الفصل في موضوع الحق المعروض أمام المحكمة .

فقد قررت المادة ٤٣ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ حــق المؤلف في تقديم طلب إلى رئيس المحكمة الابتدائيــة المختصــة، ويقوم هذا الأخير بإصدار أمر على عريضة يتضمن الأمر باتخــاذ إجراءات معينة عددتها المادة ٤٣ وتتمثل في :

١-إجراء وصف تفصيلي للمصنف الذي تم نشره أو أعيد نشـــره على خلاف حكم القانون، وذلك لإثبات حالة الإعتــداء علـــى المصنف.

٢-وقف نشر أو عرض أو صناعة المصنف.

٣-توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه أو صوره وكــذا على المواد التي تستعمل في إعادة النشر أو استخراج نسخ منه بشرط ألا تكون هذه المواد صالحة إلا لإعادة نشر المصنـــف المقصود.

٤-إثبات الأداء العلني للمصنف ومنع استمرار العرض القـائم أو حظره مستقبلا.

٥-وأخيرا حصر الإيراد الناتج من النشر أو العـرض وتوقيـع الحجز على هذا الإيراد[١].

ويجب على المؤلف أو خلفه أن يرفع دعوى بأصل الحـق أمام المحكمة المختصة خلال ١٥ يوما من صدور الأمر، وإلا زال كل أثر للأمر وما يقضي به من إجراءات تحفظيـة[٢]. وتفصـل المحكمة في الدعوى وفقا لما تقدم.

ثانيا : الجزاء الجنائـي

قرر المشرع عقوبة جنائية توقع على من يعتدي على حـق المؤلف، وكانت هذه العقوبة تتراوح بين عشرة جنيهات ومائة جنيه طبقا لنص المادة ٤٧ من قانون ١٩٥٤.

غير أن حالات الإعتداء على حق المؤلف قد زادت بصورة كبيرة في الآونة الأخيرة، إذ لم تكن عقوبة الغرامة كافيـة لـردع المعتدين، فهي عقوبة هزيلة لا تمثل أية قيمة تذكر خاصة في ظل

---

(١) ولرئيس المحكمة في جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر الـذي يقوم بالتنفيذ، وأن يفرض على الطالب كفالة مناسبة .

(٢) مادة ٤٣.

تدهور القيمة النقدية للعملةالمصرية وتدهور القوة الشـــرائية لـــها، وأيضا في ظل المكاسب التي يحققها المعتدي.

لذا فقد قام المشرع بتشديد عقوبة الإعتداء على حق المؤلف بأن جعلها الحبس أو الغرامة بعد رفع قيمتها، فنصت المادة ٤٧ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ على أن : " **يعاقب بالحبس وبغرامـــة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :**

أولا: من اعتدى على حق من حقوق المؤلف المنصوص عليـــها في المواد ٥ ، ٦ ، ٧ من هذا القانون .

ثانيا: من أدخل في مصر بقصد الإستغلال دون إذن المؤلـــف، أو من يقوم مقامه منشورا في الخارج مما تشـــمله الحمايـــة التي تفرضها أحكام هذا القانون .

ثالثا: من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو للإيجار مصنفا مقلدا مع علمه بتقليده .

رابعا: من قلد في مصر مصنفا منشورا في الخارج، أو باعـــه أو عرضه للبيع، أو للتداول، أو للإيجار، أو صدره أو شحنه للخارج مع علمه بتقليده. وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات محل الجريمة، وفي حالة العود تكون العقوبـــة الحبـــس

والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه .

وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة بمصادرة النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة في التقليد، وينشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بغلق المنشأة التي استغلها المقلدون، أو شركاؤهم في ارتكاب أحد الأفعال المشار إليها مدة لا تزيد على ستة أشهر "[١].

وهكذا قام المشرع بتشديد عقوبة الإعتداء علىحق المؤلف بأحد الأفعال المبينة بنص المادة ٤٧، وذلك لكي تحقق الهدف منها في ردع وزجر كل من تسول له نفسه بالإعتداء على حق المؤلف كالآتي :

(أ) العقوبات الأصلية :

يعاقب المعتدي بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة

---

(١) مادة / ٤٧.

آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتشدد العقوبة في حالة العود أي تكرار ارتكاب نفس الجريمة أكثر من مرة لتصبح الحبس والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، ويلاحظ هنا أن عقوبة الحبس توقع بجانب الغرامة في هذه الحالة ولا يكتفي بإحداهما كما في حالة ارتكاب الجريمة لأول مرة.

(ب) العقوبات التبعية والتكميلية :

أوجب المشرع على المحكمة وهي تقضى بالعقوبة الأصلية أن تحكم بالآتي[(١)] :

١- مصادرة النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة للتقليد.

٢- الأمر بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

٣- كما أجاز المشرع للمحكمة أن تقضي بغلق المنشاة التي استغلها الجاني أو شركاؤه في ارتكاب جريمة التقليد، وذلك إذا حكمت عليهم بالادانة.

---

(١) وقبل تعديل المادة ٤٧ بقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ كان الحكم بالمصادرة ونشر ملخص الحكم جوازيا للمحكمة فكان لها أن تحكم به أو ألا تحكم.

ويكون الغلق لمدة لا تزيد على ستة أشهر[١].

ولكن يلاحظ أن الأمر بالغلق سلطة جوازية للمحكمة فلها أن تأمر به أو ألا تأمر به، بعكس الحكم بالمصادرة ونشر الحكم فهما من الأمور التي يجب على المحكمة أن تحكم بهما وليس لها الحرية في ذلك .

وبهذا ننهي الحديث حول حق المؤلف، وقد استعرضنا كافة جوانبه تفصيلا نظرا لأهميته في الوقت الحالي، وإن كانت هناك مشاكل قد تثور بمناسبة تطبيق اتفاقية الجات فيما يخص حق المؤلف[٢]، وكذا يحتاج الأمر إلى معرفة مدى الحماية القانونية لحق المؤلف في ظل نظام الانترنت[٣]، وهذه وتلك مسائل لا يتسع المجال هنا للخوص فيها.

---

(١) وفي ظل المادة ٤٧ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ كان يجوز للمحكمة غلق المؤسسة التي استعملها المقلدون أو شركاؤهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا، ولكن المشرع وضع حدا أقصى لمدة الغلق وهو ستة أشهر بحيث لا يجوز للمحكمة أن تتجاوز تلك المدة وهى تحكم بالغلق.

(٢) راجع حول اتفاقية الجات فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية الأستاذ الدكتور/ محمد حسين منصور : المرجع السابق ذكره – ص ١٦٢ وما بعدها .

(٣) وحول حماية حق المؤلف في ظل نظام الانترنت ، راجع بحث الزميل الأستاذ الدكتور / محمد السعيد رشدي : الجوانب القانونية للانترنت – مجلة إدارة الفتوى والتشريع – الكويت – ٢٠٠٠ م .

البـــاب الثانـــــي

ركنـــــا الحـــق

تحديد أركـــان الحـــق :

سبق أن عرفنا الحق بأنه " ميزة يقررها القانون لشـــــخص معين على شئ محدد أو قيمة مالية معينة، تخوله الإســـتئثار بـــهذا الشيء أو بتلك القيمة في حدود القانون "

وبناء على هذا التعريف فإن للحق ركنان لاثـــالث لـــهما ، حيث أن السلطة أو الميزة التي يمنحها لا تكون إلا لشخص معيـــن وهي أيضا لا تمارس إلا ضد شخص آخر في الحقوق الشـــخصية، ومن ثم فإن الركن الأول للحق هو الأشخاص بوجه عـــام ويطلـــق الفقه على هذا الركن تجوزا تعبير " صاحب الحق " .

أما الركن الثاني من أركان الحق فهو " محـــل الحـــق " أو الموضوع الذي يرد عليه الحق، فقد يكون شيئا معينا، وقد يكـــون أداءا معينا أو قيمة محددة في بعض الأحوال.

وعلى ذلك فإننا نرفض إعتبار الحماية القانونية ركنـــاً فـــي الحق كمـــا ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء [١]، لأن الحماية القانونيـــة وإن كانت ضرورية بالنسبة للحق، إلا أنها لا تدخل فـــي تكوينـــه، وإنما تأتي في مرحلة لاحقة على قيامه، وقد لا يكون صاحب الحق في حاجة للجوء إليها إذا تم تنفيذ الإلتزامات الناشـــئة عـــن الحـــق بطريقة إختيارية أو لم يقع إعتداء على الحق، ولا يمكن القول بعدم الاعتراف بالحق في مثل هذه الحالات، فالحماية نتيجة من نتـــائج وجود الحق وليست ركناً من أركانه .

وبناء عليه نقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : أشخـــاص الحق .

الفصل الثاني : محـــل الحـــق .

---

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الحماية القانونية عنصراً أو ركناً فـــي الحـــق: انظر مثلاً : د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٧٨، ص ٢٧٩، حيث يرى سيادته أن للحق عنصران أولهما صاحب الحق ويدخل فيـــه محـــل الحق، والثاني هو الحماية القانونية للحق .

- وهناك من اعتبر سبب الحق ركنا ثالثا فيه بجانب الأشخاص والمحل انظـــر : د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٥٧ ، والحقيقة أن هذا الســـبب أو المصدر يسبق وجود الحق ولا يعتبر عنصرا فيه .

الفصل الأول

(أشخاص الحــق)

يطلق على من يتمتع بالسلطات القانونية التي يمنحها الحــق تعبير " صاحب الحق "، غير أن هذه السلطات تلـــزم شـــخصا أو أشخاصا معينين، وهم الطرف السلبي للحق والذي يطلـــق عليـــه " الملتزم بالحق "، ولابد لكي يكون هناك حق أن يوجد على الأقـــل شخص يكون هو " صاحب الحق " أو الطرف الإيجـــابي، وعلـــى الجانب الآخر يوجد الطرف السلبي للحق ، ومن هنا كانت تســـمية هذا الفصل بعنوان " أشخاص الحق " حتى تعبر عن شمول الحـــق لكل من الطرفين الإيجابي والسلبي، فالشخص الذي يمكـــن نســـبة الحق أو الإلتزام إليه يسمى بشخص الحق.

فإذا ما وجد الشخص فإن القانون يعترف لـــه بالصلاحيـــة لاكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات وتلـــك هـــي " الشـــخصية القانونية ".

ويفرق بعض الفقهاء بين الشـــخصية القانونيـــة، وأهليـــة الوجوب، إذ يرون أن الأولى تعني " الصلاحية لاكتساب الحقوق أو التحمل بالإلتزامات في حد ذاتها أو من حيث وجودها "، أما أهليـــة الوجوب فهي مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق أو التحمـــل

بالإلتزامات، فالشخصية القانونية إما أن تكون موجودة وإما أن تكون غير موجودة ولا يمكن أن توجد ناقصة أو محدودة، أما أهلية الوجوب فهي الصلاحية الواقعية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وقد توجد كاملة، وقد تكون ناقصة بحيث لا تمنح الشخص إلا بعض الحقوق . والخلاصة هي أنه لا يجوز الخلط بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب[١].

إلا أن معظم الفقهاء لا يفرقون بين الأمرين، ويستخدمون التعبيرين كمترادفين، على أساس أنهما شيئا واحدا هو قابلية الشخص لاكتساب الحقوق أو تحمل الإلتزامات، وتلك القابلية ترد على المبدأ ذاته وليس على المدى، أي أن كل من يكون صالحا لإكتساب أي حق يكون متمتعا بالشخصية القانونية أي تكون له أهلية الوجوب[٢].

وما يسير عليه أغلبية الفقهاء هو الأولى بالإتباع، لأن الاختلاف بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب هو إختلاف في

---

(١) انظر : د. حسن كيرة : المرجع السابق – بند ٢٥٩ – ص ٥١٧ وما بعدها والمراجع المشار إليها بهامش ٦ – ص ٥١٧.

(٢) د. أحمد سلامة : المرجع السابق – بند ٨٢ –ص ١٤٢ وما بعدها . والمراجع التي أشار إليها بهامش ٢ – ص ١٤٢.

المدى فقط، وليس اختلافا في المبدأ كما ذهب معظم الفقهاء إلى ذلك.

وبعد إلغاء نظامي الرق، والموت المدني أصبح كل إنسان متمتعا بالشخصية القانونية في الوقت الحاضر(١).

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٥٨، حيث يذكر أن الموت المدني عبارة عن حيلة قانونية لافتراض موت المحكوم عليه بعقوبة جناية معينة مثل الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والنفي، وذلك من الناحية القانونية، وقد تم إلغاء هذا النظام في فرنسا سنة ١٨٥٤ وكذا في بقية الدول.
أما نظام الرق فكان يقوم على خضوع شخص لسلطة وتبعية شخص آخر بحيث يذل له ويخضع، وقد نشأ منذ أمد بعيد خاصة مع بداية عصر الرعي والزراعة، واستمر حتى القرن التاسع عشر، إذ تم إلغائه في كافة الدول، وكان ينظر إلى هذا النظام على أنه مظهر للرقى الحضاري قديما لأنه نشأ على أنقاض عادة بدائية هي قتل الأجنبي عن الجماعة أو لأنه الركيزة الاقتصادية الأولى، وكان للسيد على العبد كافة الحقوق، إذ كان العبد مجرد شيء مملوك للسيد ولم تكن له شخصية قانونية، غير أن التطور أدى إلى الاعتراف له ببعض الحقوق، والحق أن هذا النظام كان وصمة عار في جبين الإنسانية وهو يتعارض مع الفلسفة الآلهية التي تقضى بمساواة البشر جميعا وأن العبرة تكون بالتقوى والعمل الصالح وليس باللون أو الجنس، ومن هنا نادى الفلاسفة والأدباء ورجال الدين بإلغاء الرق، وقد تم ذلك منذ عهد قريب :
- انظر في نشأة الرق وأسبابه والمركز القانوني للرقيق لدى المجتمعات القديمة: أستاذنا الدكتور : فتحي المرصفاوي : أصول النظم القانونية - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ١٢٧ وما بعدها .

ولكن ليس معنى ذلك أن كلمة " إنسان " أصبحت مرادفة لكلمة " شخص " وذلك لأنه تحت تأثير ضرورات الحياة الإجتماعية والإقتصادية المعاصرة تم الإعتراف بالشخصية القانونية لغير الإنسان ونقصد بذلك مجموعات من الأشخاص أو الأموال يطلق عليها الأشخاص الإعتبارية أو المعنوية على سبيل المجاز.

فالشخصية في نظر القانون إذن تختلف عن الشخصية في نظر الفلسفة، إذ لا تثبت الشخصية من الناحية الفلسفية إلا للإنسان دون غيره من الكائنات الحية، أما الشخصية القانونية فهى تشمل الإنسان كما تشمل غيره من الأشخاص الإعتبارية .

خلاصة ما تقدم أن أشخاص الحق نوعان : الشخص الطبيعي وهو الإنسان، والشخص المعنوي .

وسندرس كل منهما في مبحث مستقل .

المبحـــث الأول

(الشخص الطبيعي " الإنسان ")

يثبت الحق للإنسان بمجرد ولادته حياً. وقد يحمله القـــانون بالتزامات معينة، أي أن الشخص الطبيعي يكون صالحاً لاكتســـاب الحقوق أو تحمل الإلتزامات فور مولده حياً.

وتقتضي دراسة الشخصية القانونية للإنسان، تقســـيم هـــذا المبحث إلى مطلبين كالآتي :

المطلب الأول : بداية الشخص ونهايتها .

المطلب الثاني : خصائص الشخصية .

المطلـــــب الأول

(بداية الشخصية ونهايتها)

سنتعرض أولا لبيان متى تبدأ الشخصية القانونية للإنســـان، ونعقب ذلك بتوضيح تاريخ إنتهائها وذلك من خلال فرعين كالتالي:

الفـــــرع الأول

(بداية الشخصية القانونية)

تنص المادة ٢٩ من القانون المدني علـــى أن :١- **تبـــدأ**

شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً . ٢- ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

ويقتضي إيضاح ما ورد بهذه المادة الحديث أولاً عن بداية الشخصية، وثانياً عن المركز القانوني للحمل المستكن، وذلك فيما يلي :

أولاً : بدء الشخصية القانونية للإنسان

اشترط المشرع لثبوت الشخصية القانونية للإنسان أن يولد هذا الأخير حيا، وعلى ذلك فإن معيار التمتع بالشخصية القانونية بالنسبة للإنسان هو تمام ولادته حيا.

ومن ثم فإنه يشترط أن تتم الولادة، وأن تثبت حياة المولود لحظة الولادة :

الشرط الأول : تمام الولادة :

طبقا للمذهب الحنفي السائد في مصر ، فإنه يكتفي بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كلية، غير أن المشرع المصري قد عدل عن الأخذ بهذا الحكم في قانون المواريث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣، سنة ١٩٤٦ ، وأخذ بحكم المذاهب الثلاثة الأخرى التي تشترط خروج المولود كله وانفصاله

عن أمه انفصالا تاما حتى يمكن القول بتمام ولادته[١].

ومن هنا اشترطت المادة ١/٢٩ من القانون المدني تمام الولادة لثبوت الشخصية القانونية للإنسان، وذلك حسما لأية منازعة يمكن أن تثور في هذا الشأن .

الشرط الثاني : ثبوت الحياة للمولود عند تمام الولادة :

لا يكفي أن يولد الإنسان ولادة تامة أي أن ينفصل عن أمه انفصالا تاما، بل يجب فوق ذلك أن تثبت حياة المولود فعلا لحظة الولادة [٢] حتى ولو مات المولود بعدها .

ولكن لا يشترط أن يكون الإنسان مستكملا لجميع الأعضاء الأساسية اللازمة لبقائه على قيد الحياة كما يذهب إلى ذلك القانون الفرنسي[٣].

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٢٣، ص ٥٢٤.
(٢) مادة ١/٢٩ مدني.
(٣) وذلك طبقا لنص المادة ٣/٣١٤ من القانون الفرنسي.
انظر في ذلك :
- Ripert, Boulanger et planiol : Op. Cit – No 409 – p. 176, No 410.

حيث يذكر أيضا أن بعض القوانين مثل القانون الأسباني تشترط أن يحيا المولود لمدة ٢٤ ساعة على الأقل بعد انفصاله عن أمه لكي تثبت له الشخصية القانونية (مادة /٣٠ من القانون المدني الأسباني)، ولكن بعض القوانين مثل القانون الألماني لا تشترط ثبوت حياة المولود بل يكتفي بمجرد تمام ولادته (م /١ من القانون المدني الألماني)

وواقعة الحياة من الوقائع المادية والتي يمكن أن يستدل عليها بأعراض ظاهرة كالبكاء والصراخ والتنفس، فإذا لم يظهر أي أمر من هذا القبيل، جاز للقاضي الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء للتأكد من أن المولود قد انفصل عن أمه حياً[١].

أما واقعة الميلاد ذاتها فإنها تثبت بشهادة الميلاد التي تستخرج من السجل المدني المختص، حيث أوجب القانون التبليغ عن المواليد بمكتب السجل المدني في الجهة التي حدثت فيها الولادة[٢]، وإذا لم يوجد مثل هذا المكتب فإنها تبلغ إلى العمدة، ويتم التبلغ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة، كما أوجب القانون على أمين السجل تحرير شهادة الميلاد على النموذج المعد لذلك وتسليمها إلى المبلغ عقب قيد الواقعة وذلك بغير رسوم[٣].

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٢٤، د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٠٨.

(٢) ويتم التبليغ بواسطة والد الطفل إذا كان حاضراً، أو من حضر الولادة من الأقارب الذكور ثم الأناث الأقرب درجة للمولود، ثم العمدة، وأخيرا فإن مديري المؤسسات كالمستشفيات ودور الولادة وغيرها يلتزمون بالتبليغ عن واقعة الميلاد : مادة /١٧ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية.

- وإذا حدثت الولادة خارج مصر يكون التبليغ عنها للقنصلية المصرية في البلد الذي حدثت فيه الولادة.

(٣) وهو القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية، في المواد ١٥، ١٦، ١٩ منه.

إلا أن القيد في السجل المدني واستخراج شهادة الميلاد، ليست له حجية مطلقة إذ يظل إثبات الميلاد جائزا بكافة طرق الإثبات[١].

فإذا ثبت أن المولود قد ولد ميتا، أو مات في أثناء ولادته ففي هذه الحالة يتخلف شرط من شروط اكتساب الشخصية القانونية وهو ثبوت حياة المولود عند تمام الولادة .

ثانيا : المركز القانوني للحمل المستكن :

بعد أن اشترط المشرع تمام ولادة الإنسان حيا على النحو المتقدم، عاد وقرر : " **ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون** " [٢].

وهكذا اعترف المشرع للجنين أو الحمل المستكن بالشخصية القانونية على سبيل الإستثناء، ولكن شخصية الحمل المستكن تتصف بالخصائص الآتية :-

---

(١) حيث أجازت المادة ٢/٣٠ مدني اثبات واقعة الميلاد بكافة الطرق في حالة عدم وجود شهادة ميلاد أو عدم صحة البيانات التي أدرجت بالسجل .

- ولكن هذا الإثبات ينصب على واقعة الميلاد ذاتها كواقعة مادية، أما اثبات النسب فيظل خاضعا لقواعد الشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى : د. محمود جمال الدين زكي : هامش ٣ - ص ٤٠٩.

(٢) مادة ٢/٢٩ مدني .

١- أنها شخصية منقوصة أو محدودة النطـاق :

حيث يتم الإعتراف للحمل المستكن ببعـض الحقـوق دون البعض الآخر، فله الحق في ثبوت نسبه لأبيه، وكذلك له الحق فـي الميراث ويحجز له أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر طبقا لقـانون المواريث [١]، كما أجاز المشرع الإيصاء للحمـل المسـتكن فـي نصوص قانون الوصية[٢].

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كانت هذه الحقوق هي كل مـا يعترف به القانون للجنين أم أنه يمكن ترتيب حقوق أخرى لصـالح الجنين أو الحمل المستكن ؟

على الرغم من تسليم الفقه بأن الحقوق المقـررة للجنيـن صراحة في القانون، إنما تعبر عن قاعدة عامة، إلا أن الفقه مختلف حول صياغة تلك القاعدة، فعلى حين يقرر البعض صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق التي لا يتوقف ثبوتها لصاحبها على صدور قبـول منه، وذلك مثل النسب والإرث والإستحقاق في وصية أو الإسـتفادة من عقد تأمين، ومن ثـم لا تجـوز الهبـة للجنيـن لأنـها عقـد

---

(١) أنظر المادة ٤٢ وما بعدها من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

(٢) المادتان ٣٥، ٣٦ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

يتوقف على قبول الموهوب له[١].

فإن البعض الآخر يذهب إلى أن الجنين يكتسب الحقوق النافعة له نفعا محضا دون تفرقة بين ما يشترط القبول لثبوته وما لا يشترط ، خاصة بعد إجازة تعيين وصي للحمل المستكن يختاره الأب أوتعينه المحكمة، إذ يمكن لمثل هذا الوصي قبول الهبة وغيرها من الحقوق التي يشترط فيها القبول لصالح الجنين، فكل ما يفيد الجنين بصفة محضة يجب الاعتراف به للجنين حفاظا على مصالحه التي من أجلها قرر المشرع الإعتراف له بالشخصية القانونية [٢].

بيد أننا نرى مع بعض الشراح[٣]، أن الحمل المستكن أو الجنين لا يتمتع سوى بتلك الحقوق المنصوص عليها صراحة في القانون وذلك لسببين : **الأول** هو احترام نص المادة ٢/٢٩ من القانون المدني حيث أوضحت أن القانون فقط هو الذي يعين حقوق

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٦٣ ، ص ٦٤ والمراجع المذكورة : بهامش ٣ – ص ٦٤.

(٢) د. أحمد سلامة : ص ١٤٨ ، ص ١٤٩ – والمراجع المذكورة بهامش ٢ – ص ١٤٨.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي : ص ٤١٠.

الحمل المستكن(١)، **أما السبب الثاني** فهو أن الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين يعد استثناءاً على قاعدة بداية الشخصية بتمام ولادة الإنسان حياً، والاستثناء بطبيعته لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه(٢).

٢- وتتميز شخصية الحمل المستكن كذلك بأنها غير نهائية :

حيث تكون معلقة على شرط هو تمام ولادة الحمل المستكن حياً، فإذا ولد حياً فإنه يعتبر شخصاً وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل ، أما إذا ولد ميتاً فإن الحقوق التي تقررت له

---

(١) وبهذه المناسبة فإن القانون الكويتي قد اعترف للجنين صراحة بالحق في قبول الهبة والوصيةعن طريق الوصى أو الولى أو الهيئة العامة لشئون القصرن كما أعطى له الحق في أن يكون مستفيداً من اشتراط أبرم لصالحه كأن يكون مستفيداً من عقد تأمين .

(٢) ومن هذا الرأي أيضاً : د. فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ٩٠ ،
- ويلاحظ أن القانون الفرنسي يعترف للحمل المستكن بحقه في الميراث (مادة ٧٢٥ مدني فرنسي) ، وحقه في الهبة والوصية (م / ٩٠٦)
- وللمزيد من التفصيل حول حقوق الحمل المستكن ومركزه القانوني راجع :
- Sebag: "La condition juridique des personnes physiques et des personnes morale avant leur naissance" Thesè – Paris – 1938.

ويلاحظ أن المشرع المصري لم يحمل الجنين بأي التزام ، في حين ذهبت بعض التشريعات العربية كالتشريع الكويتي إلى تحميل الجنين بنفقات إدارة أمواله وحفظها من التلف أو الهلاك، وهو التزام تمليه قواعد العدالة .

تزول بأثر رجعي وكأنها لم تتقرر على الإطلاق، بل وكأن الجنين لم يتمتع بالشخصية القانونية في أي وقت، ومن ثم فإن الحقوق التي تقررت له من إرث أو وصية تذهب إلى باقي الورثة[١] .

الفـــــرع الثانـــي

(نهاية الشخصيـــة)

تنتهي شخصية الإنسان بموته وفقاً للمادة ١/٢٩ من القانون المدني، وموت الإنسان قد يكون حقيقياً كما يمكن أن يكون حكميـاً، لذا فإننا ندرس أولاً إنتهاء الشخصية بالموت الحقيقي ثم نعقب ذلك بدراسة انتهاء الشخصية بالموت الحكمي .

أولاً : انتهاء الشخصية بالموت الحقيقي

طبقاً للرأي السائد في الفقه التقليدي فإن المـــوت الحقيقـــي للإنسان يعني توقف تنفسه وتوقف قلبه عن أداء وظائفه [٢].

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٢٦.

(٢) انظر على سبيل المثال : د. نعمان محمد خليل جمعة : دروس فـــي المدخـل للعلوم القانونية – دار النهضة العربية – ١٩٧٥/١٩٧٦ – ص ٣٣٩ ،د. علـــى حسين نجيدة : المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق – دار الفكـــر العربـــي – ١٩٩٠/١٩٩١ ص ١١٥.

وعلى الرغم من ذلك يذهب البعض حديثا إلى أن العبرة في الموت الحقيقي هى بتوقف المخ عن أداء وظائفه طبقا لما استقر عليه الطب الحديث، وهو ما يعرف باسم " المـوت الأكلينيكـي أو الدماغي " [١].

وفي رأينا فإنه يصعب الأخذ بهذا المعيار رغم مسايرته لمعطيات الطب الحديث، ذلك لأن تحديد اللحظة التي يتوقف فيها المخ يمكن أن يثير بعض الصعوبات العملية ويستلزم أجهزة طبية حديثة، أما توقف القلب وتوقف التنفس فهو معيار ثـابت ومحـدد، وطالما أننا في مجال القانون فلابد من الاعتماد على هذا المعيار الثابت[٢].

وإذا تحقق موت الإنسان فإن شخصيته تنتهي فورا، فلا تمتد حكما بعد ذلك كما يذهب بعض الفقهاء وذلك في حالة ما إذا كانت

---

(١) د. محمد حسام محمود لطفي : المدخل لدراسة القانون في ضـوء آراء الفقه وأحكام القضاء – الكتاب الثاني – نظرية الحق – ص ٩٨، حيث يستند أيضا إلى فتوى قال بها الشيخ الراحل فضيلة الدكتور / عبد الله المشد رئيس لجنة الفتـوى بالأزهر الشريف آنذاك) وذلك في إذاعة القرآن الكريم – يوليو سنة ١٩٨٦.

(٢) وفضلا عن ذلك فإن الحياة قد تعود مرة أخرى للميت دماغيا وقد حدثت حالات من هذا القبيل.

تركته مثقلة بالديون والوصايا حيث يستند هؤلاء الفقهاء إلى قـاعدة " **لا تركة إلا بعد سداد الديون** ".

والواقع - وكما يذهب البعض الآخر بحـق[١] - أن القـول بامتداد الشخصية القانونية إلى ما بعد الوفاة يعد محض افـتراض قانوني لا مبرر له لأن أموال التركة تؤول إلى الورثة من لحظـة الوفاة ولكن تتعلق بها الديون، ولذا يؤجل توزيعها على الورثة حتى سداد هذه الديون.

ولعل في اشتراط المشرع المصري ضرورة تسجيل حـق الإرث لإمكان التصرف في أعيان التركة، واستلزام التأشير بديـون التركة على هامش تسجيل حق الإرث[٢]، ما يؤكد التحليـل الـذي نقول به.

وتثبت واقعة الوفاة - مثلها في ذلك مثل واقعـة الميـلاد - بالقيد فـي السجلات الرسمية المعدة لذلك[٣]، والتي نظمها قانـون

---

(١) من هذا الرأي : د. سليمان مرقس : الوافي في شـرح القـانون المدنـي-١- المدخل للعلوم القانونية - الطبعة السادسة - ١٩٨٧ - بنـد ٢٧٦ - ص ٦٦٢، د. محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونيـة - الطبعـة الثانية - القاهرة - ١٩٦٩ - ص ٤١٣.

(٢) مادة ١٤ من قانون الشهر العقاري.

(٣) مادة ١/٣٠ مدني.

الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠، حيث أوجب التبليغ عن الوفاة على النموذج المعد لذلك إلى مكتب الصحة في الجهة التي حدثت فيها الوفاة إذا كان بها مكتب، وإلا فان التبليغ يكون إلى العمدة، وذلك خلال ٢٤ ساعة من وقت حصول الوفاة أو ثبوتها(١).

ويجب على مكتب الصحة إخطار أمين السجل المدني الواقع في دائرة اختصاصه بالبيانات الخاصة بالوفاة خلال سبعة أيام من تاريخ إبلاغه بها(٢) ، ويتعين على أمين السجل المدني تحرير شهادة الوفاة على النموذج المعد لذلك وتسليمها إلى طالبها بعد التحقق من شخصيته وبدون رسوم(٣).

ولايترتب على القيد في السجل أو عدم القيد، أو شهادة الميلاد حجية مطلقة، فإذا لم تقيد الوفاة في السجل أو كانت البيانات المدونة به غير صحيحة، جاز إثبات الوفاة بأي طريق آخر.

وتقضي أحكام المواريث بعدم أحقية الورثة في استحقاق نصيبهم في التركة إلا بعد سداد الديون التي كانت على المتوفي ،

---

(١) مادة ١/٢٩ من قانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠.
- ويجب على العمدة أن يقوم بتبليغ الوفاة إلى مكتب الصحة فور علمه بها طبقاً لما تقضي به المادة ٢/٢٩.

(٢) مادة ٤/٢٩.

(٣) مادة ١/٣٣ .

حيث يجب إخراج هذه الديون من التركة أولا، ويذهب الباقي بعد ذلك إلى الورثة تطبيقا للقاعدة الشرعية " **لا تركة إلا بعد سداد الديون** "(١).

واستنادا إلى تلك القاعدة ، ذهب بعض الفقهاء إلى أن شخصية الميت تستمر حكما أوعلى سبيل الإفتراض حتى سداد الديون، حيث لا تنتقل التركة إلى الورثة إلا بعد سداد الديون، ومن ثم وجب اعتبارها على ملك المتوفي حكمًا بافتراض استمرار شخصيته رغم موته حتى تتم تصفية التركة وسداد الديون(٢).

---

(١) مادة ٢/٣٠ مدني، وقبل الديون يلزم تجهيز الميت أولا من أموال التركة .

- وهناك حالة قد يصعب فيها تحديد تاريخ الوفاة بالضبط، وهي تكون عند وفاة عدد من الأشخاص في حادث واحد، ويطلق عليهم أموات المعية) أي الذين ماتوا معا دون أن يعرف من كان منهم الأسبق في الوفاة، مع أن معرفة ذلك تكون ضرورية لتحديد من يرث منهم الآخر إذا كانت بينهم صلة تبرر الإرث، وقد نص المشرع المصري على حكم هذه الحالة في المادة الثالثة من قانون المواريث قائلا : " **إذا مات إثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا**" فقد أراد المشرع بهذا النص تجنب الصعوبات المترتبة على هذه الحالة .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - ص ٤١٣، والمراجع الأخرى المشار إليها بهامش ٣.

- وقد نادى فقهاء المالكية والحنفية بهذا الرأي : أنظر في ذلك :

الأستاذ أحمد ابراهيم : التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث - مجلة القانون والاقتصاد : السنة السابعة - ص ٣٧٠.

على أن جمهور الفقه المصري يرفض الأخذ بهذا الرأي، إذ يرى أنه قائم على افتراض مخالف للحقيقة، حيث أن كيان الإنسان قد انتهي بصعود الروح إلى خالقها ودفن جثته، وطالما انتهت حياة الشخص على هذا النحو فلا يمكن القول باستمرار تمتعه بالشخصية القانونية ولو على سبيل الإفتراض، هذا فضلا عن أن الرأي الذي يقول بامتداد شخصية الميت حكما حتى سداد الديون يخالف صريح نص المادة ١/٢٩ مدني والتي تقضى بانتهاء شخصية الإنسان بوفاته[١].

والواقع أن قاعدة " لاتركة إلا بعد سداد الديون " ترمي إلى تحقيق هدفين : أولهما ضمان حقوق دائني المتوفي ورفع المشقة عنهم في متابعة كل وارث على حده، أما الهدف الثاني للقاعدة فيتلخص في حصر مسئولية الورثة في حدود أموال التركة بحيث إذا زادت ديون المتوفي عن أموال التركة فإن الورثة لا يلتزمون بأداء الزيادة قانونا من أموالهم الخاصة ، فمسئوليتهم محدودة بحدود

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٢٨-٥٣٠، والمراجع الأخرى المشار اليها بهامش ٢-ص٥٣٠، وهو أيضا رأي جمهور الشافعية والحنابلة .

التركة(١).

وبناء عليه فإننا ننضم إلى رأي جمهور الفقه من حيث عدم جواز القول باستمرار شخصية الإنسان بعد وفاته ولو على سبيل الإفتراض ، ولا يحول دون ذلك وجود قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، لأنها تعني فقط مجرد تعليق انتقال التركة إلى الورثة على شرط سداد الديون، فالوارث يثبت له الحق في الإرث منذ وفاة المورث، غير أنه لا يرث فعلا إلا بعد سداد ديون التركة ، وبالتالي لا نكون في حاجة إلى افتراض استمرار شخصية الميت(٢).

---

(١) اللهم إلا إذا قام الوارث بأداء الديون الزائدة من أمواله الخاصة بإرادته مراعاة للميت وورفعا لدين العباد عنه وما يستتبعه ذلك من وزر ومساءلة أمام المولى عز وجل يوم القيامة .
- للمزيد من التفصيل حول الحقوق المتعلقة بالتركة انظر :
- الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم : التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث – مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد – السنة السابعة ص ٢٧٠ وما بعدها .
وأيضا : الأستاذ الشيخ على الخفيف : " تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته " مجلة القانون والاقتصاد – السنة العاشرة – العددان الخامس والسادس – ص ١٠ وما بعدها .

(٢) ويرى بعض الفقهاء في ظل القانون المدني الفرنسي الحالي، أن ملكية المتوفي للتركة تنتهي بوفاته ولا تمتد بعد ذلك، وإنما يعتبر الوارث في حالة قبوله للتركة مالكا لها بأثر رجعي منذ لحظة الوفاة انظر :
- Ripert, Boulanger et planiol : Traite élémentaire de droit civil-T.1-5e éd- Paris – 1950-no.411-P.176.
- حيث يشيرون أيضا إلى أن القانون الروماني كان يقضي بافتراض استمرار شخصية الميت حتى قبول الورثة للتركة.
- وتجدر الإشارة إلى أن قبول الوارث للتركة في القانون الفرنسي يجعله مسئولا عن ديون الميت حتى ولو تجاوزت مقدار التركة .

ثانياً : انتهاء الشخصية بالموت الحكمي

(مركز المفقـــود)

مقتضى ما تقدم أن شخصية الإنسان تنتهي بوفاته، أي بموته اليقيني الذي يرتكز على وجود جثة الشخص فاقدة الحياة، غير أن شخصية الإنسان قد تنتهي رغم تعذر إقامة الدليل القطعي أو اليقيني على حدوث الوفاة ونعنى بذلك حالة المفقود .

وتقتضي معرفة الأحكام الخاصة بمركز المفقود، أن نبين أولاً تعريفه وكيفية الحكم بموته، ثم نتبع ذلك ببيان **المركز القانوني للمفقود**، على النهج الآتي :

(أ) تعريف المفقود وكيفية الحكم بموته :

المفقود هو " **الغائب الذي انقطعت أخباره بحيث لا يُعرف ما إذا كان حياً أوميتاً** " .

فالفقد نوع من الغياب ولكنه أخطر تلك الأنواع حيث أن المفقود يختلف عن مجرد الغائب الذي غادر موطنه الأصلي ولم تنقطع أخباره بحيث لا يثور أي شك حول حياته[١] ، ومن ثم فإن

---

(١) د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ١٤٣.

شخصية الغائب القانونية تستمر رغم الغياب، غير أنه إذا استمر الغائب لمدة سنة أو أكثر خارج موطنه الأصلي وترتب على ذلك تعطيل مصالحه فإن المحكمة تعين له وكيلا يتولى إدارة شئونه أثناء غيابه إذا لم يكن قد عين وكيلا عنه[١].

ولكن الغائب لا يفقد شخصيته القانونية، بعكس المفقود الذي تنتهي شخصيته القانونية إذا حكم بموته .

وبناءا على ما تقدم نستطيع أن نقول أن " **كل مفقود غائب، ولكن ليس كل غائب مفقود**"[٢].

ذلك لأنه لكي يصبح الغائب مفقودا لا بد وأن تتوافر شروط وإجراءات معينة حددها القانون ، وبصيرورة الشخص مفقودا يحكم

---

(١) راجع المواد ٧٥،٧٤ من قانون الولايةعلى المال (مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢)

- كما أنه يحق لزوجة الغائب إذا استمرت الغيبة لأكثر من سنة وأثبتت أنها تتضرر من غيابه، أن تتقدم إلى المحكمة طالبة تطليقها منه، وعلى القاضي أن يحكم بتطليقها منه إذا ثبت له أنها تتضرر من غيابه حتى ولو ترك لها دخلا تعيش منه، وذلك طبقا لنص المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) ويلاحظ ان فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون بين الغائب والمفقود، فكلاهما في نظرهم - لاتعرف حياته أومماته، غير أن قانون الولاية على المال قد ذهب عكس ذلك وفرق بين الغائب والمفقود.

بموته موتا حكميا على أساس تغليب احتمال وفاته على احتمال حياته.

والحكمة التي هدف المشرع إلى تحقيقها من تقرير الموت الحكمي للمفقود هي حسم أمر المفقود استقرارا للمعاملات والعلاقات الاجتماعية لأن ترك مركز المفقود معلقا إلى ما لا نهاية قد يضر ببعض الأفراد ويؤدي إلى زعزعة العلاقات الاجتماعية، وبالتالي قرر المشرع اعتبار المفقود ميتا.

وقد أحالت المادة ٣٢ من القانون المدني في شأن المفقود والغائب إلى الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فإن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق.

وأهم هذه القوانين الخاصة المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والذي أدخلت عليه بعض التعديلات كان آخرها بموجب القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ والذي صدر في ١٩٩٢/٦/١[١].

وقد نصت المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ على أن :

---

(١) ونشر في الجريدة الرسمية في نفس التاريخ - العدد ٢٢ مكرر (ب)، وعمل به اعتبارا من اليوم التالي لنشره.

١- " يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

٢- ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

٣- ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود ".

٤- وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا (١).

---

(١) وقد تم تعديل نص المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بموجب القانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢، بمناسبة غرق أحدى السفن المصرية سنة ١٩٩١ في مياه البحر الأحمر وتدعى " سالم اكسبريس " وترتب على هذه الحادثة غرق العديد من الأشخاص، وقد لفتت انتباه الرأي العام المصري، وظلت الصحف تتداولها لفترة كبيرة، مما دعى المشرع إلى إصدار القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

ومن هذا النص يتضح إمكانية إنهاء شخصية المفقود رغم عدم التيقن من موته بحكم قضائي أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع على حسب الأحوال، ويفرق نص المادة ٢١ من قانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢ بين حالتين للفقد، وتختلف المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها وذلك على النحو الآتي :

١- الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك :

إذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف يغلب عليه فيها الهلاك أي ظروف تؤدي إلى التهلكة بطبيعتها، كما لو فقد الشخص في حرب أو فيضان أغرق البلاد أو زلزال أو بركان أو حريق أو حادثة سفينة أو طائرة أو قطار، أو كان الفقد أثناء العمليات الحربية بأن كان المفقود من أفراد القوات المسلحة، ففي مثل هذه الظروف إذا لم يعثر على جثة الشخص ، فإن المشرع يرجح هلاكه فيها أي يرجح كفة الموت على كفة الحياة في مثل تلك الظروف.

وبناءا عليه يجوز لأصحاب المصلحة في الحكم بموت المفقود أن يطلبوا إعتباره ميتا .

غير أن الجهة التي تختص بإنهاء شخصية المفقود واعتباره ميتا تختلف باختلاف الأحوال، وكذلك تتباين المدة التي يعتبر المفقود بعدها في حكم الأموات، إذ يتبين من نص المادة المذكورة

أن المشرع يفرق بين طائفتين من الظروف التي يغلب فيها الهلاك، حيث وضع قاعدة عامة وأورد عليها استثناء خاص بحالات محددة وذلك كالتالي :

أ - **القاعدة العامة :** هي أن القاضي يحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، وذلك إذا كان الفقد في ظرف من الظروف التي يغلب فيها الهلاك كزلزال أو حريق أو حادثة قطار(١).

ب - الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة :

إستثنى المشرع من قاعدة الحكم بموت المفقود بعد أربع سنوات إذا كان الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، بعض حالات الفقد في ظروف محددة من بين تلك الظروف التي يغلب فيها الهلاك.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١ على اعتبار المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده إذا كان الفقد في ظرف من الظروف الآتية :

---

(١) يذكر أن هناك مشروع قانون مقدم الآن من الحكومة إلى مجلس الشعب المصري لتعديل قانون المفقود، بإضافة من يتوفون أو يفقدوا على إثر حادث قطار أو مترو أنفاق إلى الحالات الاستثنائية التي تضمنها نص المادة / ٢١ سالف الذكر، وذلك بمناسبة حادث قطار الصعيد الشهير في شهر فبراير ٢٠٠٢.

- إذا ثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت.

- أوكان في طائرة سقطت.

- أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية

فإذا توافر ظرف من هذه الظروف الثلاثة دون غيرها[١]، يعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده.

على أن القاضي لا يختص باعتبار المفقود ميتا في تلك الظروف المذكورة وإنما يكون ذلك من اختصاص رئيس مجلس الوزراء بالنسبة للظرفين الأول والثاني، أو وزير الدفاع بالنسبة للظرف الثالث أي الفقد أثناء العمليات الحربية، حيث يصدر رئيس

---

(١) فالفقد في زلزال مثلا تسري عليه القاعدة العامة وهى اعتبار المفقود ميتا بعد أربع سنوات من فقده، ونعتقد بأن الزلزال الذي ضرب أرض مصرنا الحبيبة في ١٢/١٠/١٩٩٢ لو كان قد حدث قبل صدور قانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢ لأدخله المشرع في عداد الحالات التي استثناها نظرا لكثرة أعداد المفقودين فيه، فضلا عن إمكانية تعرض مصر للزلازل في المستقبل ولذا يجب إدخال الزلازل ضمن هذه الحالات .

- كذلك يجب إدراج حوادث القطارات (ومترو الأنفاق) في هذه الحالات لا سيما بعد تزايد هذه الحوادث في الفترة الأخيرة (وآخرها حادث قطار الصعيد في فبراير ٢٠٠٢ والذي راح ضحيته المئات من أبناء الشعب المصري).

ولهذا فقد تقدمت الحكومة بمشروع قانون إلى مجلس الشعب يتضمن إضافة حوادث القطارات (ومترو الأنفاق) إلى الاستثناءات التشريعية السابقة .

مجلس الوزراء أو وزير الدفاع قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في هذه الظروف وذلك بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب فيها الهلاك والتأكد من اختفاء الشخص وعدم وجود أي أثر له، وذلك بعد التأكد من أنه كان على ظهر السفينة التي غرقت أو الطائرة التي سقطت أو أنه كان ضمن أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية ويسري هذا الحكم على من سبق فقده في أى حالة من هذه الحالات الثلاثة إذا كان قد مضى على فقده سنة على الأقل من تاريخ العمل بقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢[١].

ويقوم القرار الصادر من رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع مقام الحكم الذي يصدر من القاضي بموت المفقود. ولا يتوقف صدور هذا القرار على طلب ذوو الشأن كما في الحالات الأخرى التي يختص بها القاضي [٢].

---

(١) أى في ١٩٩٢/٦/٢ – مادة /٣.
(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ المعدل لنص المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، الحكمة من تخويل " وزير الحربية " آنذاك وزير الدفاع حاليا " سلطة إصدار قرار بموت المفقودين من أفراد القوات المسلحة ، وتتمثل في تجنيب زوجات المفقودين وورثتهم مشقة الإنتقال إلى ساحات المحاكم وما يستلزمه ذلك من جهد ومال، فضلا عن تجنيبهم لوعة الأسى والشجون حين ذهابهم للمحاكم .

٢- الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك :

إذا كان الشخص قد فقد في غير الظروف السابقة، كما لو سافر لطلب العلم أو للسياحة أو للتجارة ثم انقطعت أخباره فلا يعرف حياته من مماته، ففي هذه الظروف يترك تحديد المدة التي يحكم باعتبار المفقود بعدها ميتاً إلى تقدير القاضي، وذلك بعد التحري عن المفقود بجميع الطرق الممكنة التي توصل إلى معرفة مصيره[١].

غير أن المشرع قد وضع قيداً على سلطة القاضي في هذا الشأن ، إذ لا يجوز أن تقل المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود عن أربع سنوات[٢] ، ولهذا لا يحق للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الظروف التي لا يغلب فيها الهلاك إلا بعد مضى أربع سنوات على الأقل من تاريخ الفقد وذلك طبقاً لنص المادة ٢١/٤ من قانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢[٣].

---

(١) مادة ٢١/٤ .

(٢) مادة ٢١/٤ .

(٣) وقبل صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ لم يكن الحال هكذا، حيث كان الأمر يترك لتقدير القاضي دون أي قيد يذكر على سلطته في هذا الشأن، إلا أن الفقه كان يشترط ألا تقل المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود عن أربع سنوات مثل ما هو سائد بالنسبة للفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك : انظر مثلا : د. حسن كيرة : المرجع السابق - هامش ٢ - ص ٥٣٢، د. محمود جمال الدين زكي : ص ٤١٥، وحسنا فعل المشرع .

ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الظـــروف التي لا يغلب فيها الهلاك بعد أكثر من أربع سنوات مـــن تـــاريخ الفقد، إذ لا يكون القاضي ممنوعا من ذلك، بل هو مقيد فقط بـــالحد الأدنى للمدة وهو أربع سنوات من تاريخ الفقد.

ذلك لأن التحري عن المفقود قد يستغرق مدة أكثر من أربع سنوات، وهنا يجب على القاضي ألا يحكم بموت المفقود إلا بعـــد القيام بهذا التحري بجميع الطرق الممكنة والمؤدية إلى معرفـــة إن كان المفقود حيا أو ميتا .

(ب) المركز القانوني للمفقود :

إذا حكم القاضي بموت المفقود، أو صدر قرار بموته علـــى النحو الذي تقدم، فإن ثمة آثار معينة تترتب على صدور هذا الحكم أو القرار، غير أنه يثور التساؤل عن مركز المفقود قبـــل الحكـــم بموته أو بمعنى أدق قبل اعتباره ميتا، وهو ما سوف نبينه أولا، ثم نعقب ذلك ببيان مركز المفقود بعد صدور حكم أو قـــرار بموتـــه، وأخيرا حالة ظهور المفقود بعد الحكم بموته، وذلك كالتالي:

أولا : مركز المفقود قبل صدور حكم أو قرار باعتباره ميتا :

لم يبين المشرع مركز المفقود في الفترة بين الفقد والحكـــم بالموت، ولهذا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعرفـــة هـــذا الأمر.

حيث تقضي أحكام الشريعة الإسلامية الغراء بأن " **يعتبر المفقود حياً فيما يضره، وميتاً فيما ينفعه ويضر غيره** " ، إذ لاحظ فقهاء الشريعة الإسلامية أن الشك يحيط بحياة المفقود فقد يكون حياً، وقد يكون ميتاً، وعلى هذا الأساس فإن المفقود يعتبر حياً فيما يضره، وبالتالي تبقى زوجته على ذمته إلا إذا تضررت من غيابه وحكم لها القاضي بالتطليق، وتبقى أمواله على اسمه ولا توزع على ورثته ، ولا تسقط عنه نفقة من يعولهم [١].

إلا أنه يجوز تعيين وكيلاً عنه لإدارة أمواله وتولى شئونه والمحافظة عليها على اعتبار أنه يعامل معاملة الغائب في هذا الخصوص[٢]، أما بالنسبة للمسائل التي يترتب عليها نفع للمفقود وفي نفس الوقت تلحق ضرراً بالغير، فإن القاعدة هي اعتبار المفقود ميتاً فيما ينفعه ويضر غيره، وتطبيقاً لذلك فإن المفقود لا يرث من غيره أثناء الفقد وقبل الحكم بموته، ولا يستحق المال الموصي له به، لأن حياته غير مؤكدة، بل يوقف ما يستحقه من ميراث أو وصية حتى يستبين مصيره[٣].

---

(١) د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٩٢.

(٢) المادة ٧٤ وما بعدها من قانون الولاية على المال.

(٣) مادة ٤٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

ثانيا : مركز المفقود بعد صدور حكم أو قرار باعتباره ميتا :

يترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور قرار باعتبـــاره كذلك، عدة آثار هامة، ذكرت بعضها المادة ٢٢ المعدلة بقانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢، حيث تنتهي شخصية المفقود من الناحية القانونية مـن تاريخ صدور الحكم بموته أو نشر قرار رئيس مجلس الـوزراء أو وزير الدفاع في الجريدة الرسمية .

ويترتب على اعتبار المفقود ميتا مايلي :

١- تعتد زوجته عدة الوفاة من تاريخ صـــدور الحكــم أو نشـــر القرار[١]، وهذه المدة حددها القرآن الكريـــم باربعـــة أشـــهر وعشرة ايام هجرية[٢]، ويجوز لزوجته بعد انقضاء فترة العدة أن تتزوج من غيره .

٢- تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشـر القرار في الجريدة الرسمية[٣].

---

(١) مادة ٢٢ من قانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

(٢) يقول الله تعالى في سورة البقرة : " والذي يتوفـــون منكـــم ويـــذرون أزواجـــا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ... " أية ٢٣٤ من سورة البقرة .

(٣) مادة / ٢٢ .

ويترتب على ذلك أن من يموت من ورثة المفقود قبل الحكم بموته لا يرث في تركته، لأن العبرة في استحقاق الإرث من تركة المفقود هي بتاريخ صدور حكم قضائي باعتباره ميتا، أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره كذلك.

٣- يوزع نصيبه المحجوز له في تركة غيره قبل الحكم بموته على باقي الورثة كما لو كان ميتاً وقت وفاة المورث[١].

وكذلك يرد المال الذي أوصى له به، إلى ورثة الموصى الموجودين وقت وفاة هذا الأخير[٢] .

ثالثاً : ظهور المفقود بعد الحكم بموته :

لايبنى الحكم بموت المفقود على القطع واليقين، وإنما على الشك والتخمين، وذلك تحقيقاً لمصالح ذوو الشأن، وإنهاءاً لحالة تعليق مركزه لمدة طويلة، ولهذا فإن المفقود قد يكون حياً رغم الحكم بموته، ويتأكد ذلك بظهوره والتأكد من حياته بعد اعتباره ميتاً.

---

(١) مادة / ٤٥ من قانون المواريث .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء أول - ص ٣٢٨.

والقاعدة العامة في هذا الشأن هي سقوط الحكم أو القـــرار الذي اعتبره ميتاً، غير أن هذا السقوط يجب ألا يضر بحقوق الغير حسن النية، وذلك على النحو الآتي :

١- بالنسبة لزوجته :

تعود زوجة المفقود إليه إذا اتضحت حياته وعاد إليها مـــرة أخرى بشرط ألا تكون قد تزوجت بآخر[١].

فإذا كانت قد تزوجت بآخر ولم يدخل بها دخولاً شـــرعياً، فإنها تعود أيضاً لزوجها الأول الذي ظهرت حياته، ويفسخ الـزواج الثاني .

أما إذا كانت قد تزوجت من شخص آخر ودخل بها فإننـــا نفرق بين حالتين [٢] :

الحالـــة الأولى : حسن نية الزوج الثاني :

إذا كان الزوج الثاني حسن النية أى لا يعلم بحياة المفقـــود، وقام بالزواج من زوجته بعد انقضاء فترة العدة، فإن زوجة المفقود

---

(١) مادة / ٨ من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(٢) نفس المادة المذكورة .

تبقى للزوج الثاني ولا تعود إلى المفقود بعد ظهوره حياً وبشرط أن يكون قد دخل بها فعلاً .

الحالة الثانية : سوء نية الزوج الثاني :

أما إذا كان الزوج الثاني سيء النية أي كان عالماً بحياة المفقود، وبالرغم من ذلك أقدم على الزواج من زوجته، فإن الزوجة تعود إلى زوجها الأول،ويعتبر الزواج الثاني باطلاً حتى ولو كان قد دخل بها، ويكون الزوج الثاني سيء النية إذا كان قد عقد عليها أثناء فترة العدة حيث يفسخ عقده وتعود الزوجة إلى زوجها الأول[١] غير أن هذه القرنية بسيطة يجوز للزوج الثاني إثبات عكسها[٢].

---

(١)د. أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ١٥٥ .
ونعتقد أنه إذا كان الزواج الثاني قد تم بعد فوات فترة العدة، فقد كان يجب القول بصحته خاصة إذا نتج عنه أولاد، حتى لا يكون هؤلاء في عداد الأبناء غير الشرعيين، إلا أن المشرع قد قضى بفسخ عقد هذا الزواج إذا عاد الزوج الأول عقاباً للزوج الثاني سيء النية .

(٢) والحقيقة أن هذه الحلول التي أخذ بها المشرع المصرى منتقدة من ناحيتين :

الأولى : أن المشرع لم يعتد بإرادة الزوجة ويعاملها على أنها متاع أو جماد لا إرادة له، وكان من الأولى الاعتداد بإرادة الزوجة إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

والثانية : أن المشرع لم يضع في حسبانه مسألة وجود أو عدم وجود أولاد من الزواج الثاني وأهمل ذلك تماماً مما قد يثير الشك حول شرعية هؤلاء الأبناء في حالة فسخ عقد الزواج الثاني .

٢ – بالنسبة لأمواله :

يجوز للمفقود أن يسترد أمواله التي كانت له ووزعت على ورثته بعد الحكم بموته، وكذلك يحق له استرداد نصيبه في إرث غيره أو المال الذي كان الغير قد أوصى له به والذي كان قد تم رده إلى ورثة المورث أو الموصي بعد الحكم بموته[١].

ولكن لا يجوز للمفقود أن يسترد ما استهلكه الورثة من هذه الأموال أو ما تصرفوا فيه إلى الغير لأن يد هؤلاء على تلك الأموال كانت يد صاحب حق استنادا إلى الحكم أو القرار الصادر بموت المفقود فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا إليه، إلا إذا ثبت سوء نيتهم أي علمهم بحياة المفقود، فحينئذ يلتزمون بتعويضه عن الأموال التي استهلكوها أو تصرفوا فيها[٢].

---

(١) د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ١٤٧.

(٢) انظر في ذلك : الشيخ الأستاذ عبد الوهاب خلاف : أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – الطبعة الثانية – ص ٢٦٢.

" المطلـــــب الثاني "

" خصائص الشخصية القانونية للإنسان "

تقسيـم :

تتميز شخصية الإنسان بعدة خصـائص تصاحبـه وتتيـح تمييزه عن غيره، وهذه الخصـائص هـي : الحالـة ، والإسـم ، والموطن، والأهلية، والذمة المالية، ونفرد لكل منها فرعا مسـتقلا بحسب هذا الترتيب .

الفـرع الأول

الحالـة (L'etat)

لعل من أكثر الاصطلاحات القانونية غموضا اصطـلاح " الحالة "، حيث تعتبر التعريفات الجارية من السعة والمرونة بحيث تسمح بصرفه إلى مدلولات مختلفة مما يؤدي إلى الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار القانونية (١).

بيد أن الفقه يجري على حصر نطاق الحالة فـي المركـز السياسي أو الوطني، والمركز العائلي والمركـز الدينـي ، فيقـال الحالة السياسية أو رابطة الجنسية ، والحالة العائلية، والحالة الدينية

---

(١)د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٣٧، والمراجع المشار إليها بهامش ١.

ويمكن أن نضيف إلى ذلك الحالة المدنية ومنها الأهلية، غير أننـــا آثرنا دراسة الأهلية على استقلال لإبراز معالمها بصورة تفصيليــة ونظرا لأهميتها من الناحية القانونية .

ويمكن تعريف الحالة بأنها : " **مجموعة الأوصـــاف التـــي تلحق بشخصية الإنسان ويكون من شأنها أن تؤثر فـــي حياتـــه القانونية** " (١)، فهي صفة تثبت للشـــخص وتتـــأثر بـــها حقوقـــه والتزاماته(٢).

وتؤدي الحالة إلى أن يصبح الشخص فـــي مركـــز معيـــن يلازمه باعتباره عضوا في جماعة أو مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية (٣).

وستقتصر دراستنا على الحالة السياسية، والحالـــة الدينيـــة، مكتفين بما سبق أن قررناه بالنسبة للحالة العائلية حيـــن دراســـتنا لحقوق الأسرة من حيث ارتباط حقوق الشخص وواجباته بدرجـــة

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٨٠ .
وقد يدخل في الحالة طبيعة الإنسان من حيث كونه ذكرا أم أنثى غـــير أننـــا لا نعالج هذه الصورة في نطاق دراسة الحالة .

(٢) د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ١٦٢.

(٣) د. حسن كيرة : ص ٥٣٨ ، ص ٥٣٩ .

القرابة [١].

أولا : الحالة السياسيـــــة

يقصد بالحالة السياسية انتماء الشخص إلى دولة معينة وهـو ما يعبر عنه بالجنسية .

فالجنسية Nationalité عبارة عن رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة بحيث يصبح واحدا من أعضائها الذين يدينـــون لـــها بالولاء فإذا توافرت تلك الرابطة تمتع الفرد بجنسية الدولة واتصف بصفة الوطني تمييزا له عن الأجنبي .

ويترتب على رابطة الجنسية آثار هامـــة تتعلــق بحقـــوق الشخص وواجباته، فالأجنبي لا يتمتع بـــالحقوق السياســـية كحـــق الترشيح والإنتخاب وتولى الوظائف العامة [٢]. وكذلك قـــد تحـــرم بعض التشريعات على الأجنبي اكتساب ملكية الأراضي الزراعيـــة أو العقارات المبنية في بعض الأحيان، فالقانون المصري مثلا قـــد منع الأجانب مـــن تملك الأراضي الزراعيـــة وما في حكمها مـــن

---

(١) راجع ما سبق ذكره في هذا الشأن ، والقرابة ثلاثة أنواع : قرابة نســـب تقـــوم على صلة الدم والأصل المشترك، وقرابة المصاهرة وتنشـــأ بســـبب الـــزواج، وأخيرا قرابة حواشي بين المنحدرين من أصل مشترك دون أن يكـــون أحدهـــم فرعا للآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه . ويترتب على القرابة آثار هامة بالنســـبة لحقوق وواجبات الشخص المالية وغير المالية .

(٢) راجع ما سبق ذكره بخصوص الحقوق السياسية .

الأراضي البور أو الصحراوية(١).

معيار اكتساب الجنسية طبقا للقانون المصري :

تختلف تشريعات الدول في معيار منح الجنسية ، ويتنازع التشريعات المعاصرة معياران في هذا الصدد وهما :

المعيار الأول : حق الدم : ومؤداه أن الشخص يكتسب جنسية أبيه، فإذا كان مصريا كان الإبن أيضا مصريا، وأحيانا تكون العبرة بجنسية الأم في بعض التشريعات .

المعيار الثاني : حق الإقليم : ويعني أن كل من يولد على أرض دولة معينة يكتسب جنسيتها بصرف النظر عن جنسية أبيه أو أمه .

والقانون المصري يأخذ كقاعدة عامة بمعيار حق الدم من ناحية الأب كأساس لفرض الجنسية، فكل من ولد لأب يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية يكتسب الجنسية المصرية وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر أو خارجها وبصرف النظر عن

---

(١) وذلك بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، وللمزيد من التفصيل حول هذا القانون راجع كتابنا : الوسيط في القانون الزراعي – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – ١٩٩٢/١٩٩٣ .

- أما تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء بالنسبة للأجانب فقد منع المشرع ذلك بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ ، إلا في الحدود وبالشروط المقررة في قانون استثمار رأس المال العربي والأجنبي .

جنسية الأم[١].

إلا أن تشريع الجنسية المصرية يأخذ في حالات محــــدودة بمعيار حق الإقليم فيقرر منح الجنسية المصرية لمن يولــــد علـــى أرض مصر من أبوين مجهولين أو لأم مصرية وأب مجهول أو لا جنسية له[٢].

أنواع الجنسية :

١- **الجنسية الأصلية :** وهي التي يكتسبها الشخص طبقا لأحـــد المعيارين السابقين بمجرد ميلاده.

٢- **الجنسية الطارئة :** أو " التجنس " : وهي التي يجوز للشخص أن يكتسبها بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد، مثل الزواج، حيث يجوز للزوجة الأجنبية أن تكتسب جنسية زوجها بعد

---

(١) مادة ٢/ أولا من قانون الجنسية المصرية رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨.

مادة ٢/ ثالثا من نفس القانون. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنســـي لا يعطـــي الجنسية الفرنسية لمن يولد على الأراضي الفرنسية إلا إذا توافرت شروط معينـــة أهمها إجادة اللغة الفرنسية والإقامة المتصلة لمدة خمس سنوات سابقة على تقديم- طلب التجنس، وللجهة المختصة أن تقضي بمنح الجنسية لمن ولد علـــى الأرض الفرنسية إذا توافرت هذه الشروط، كما أن لها أن تقضي بعدم منحها له فسلطتها تقديرية في هذا الشأن وفقا لما قرره قـــانون الجنســـية (م/٤٤ ومـــا بعدهـــا) الفرنسي المعدل بالقانون رقم ٧٤/٦٣ لسنة ١٩٧٤ وقد كان يتم منـــح الجنســـية لمن يولد على الأراضي الفرنسية بمجرد الميلاد دون قيد أو شرط قبل ذلك.

توافر شروط معينة طبقا للقانون المصري (١).

كما يجوز للأجانب اكتساب جنسية الدولة بناء على طلبهم إذا توافرت شروط معينة وهو ما يسمى بالتجنس (٢).

على أن المتجنس لا يتمتع بكل الحقوق التي يتمتع بها الوطني صاحب الجنسية الأصلية فور تجنسه حيث يحرم من ممارسة أو اكتساب بعض الحقوق مدة معينة بعد التجنس، فالقانون المصري مثلا يحرم على المتجنس بالجنسية المصرية التمتع بالحقوق الخاصة بالمصريين أو مباشرة حقوقه السياسية قبل انقضاء خمس سنوات على اكتسابه للجنسية المصرية(٣).

---

(١) وتتلخص هذه الشروط في ضرورة تقديم طلب إلى وزير الداخلية، واستمرار الزوجية قائمة لمدة سنتين من تاريخ تقديم الطلب : مادة / ١٣ من قانون الجنسية .

- وقد تمنح بعض القوانين الزوج الأجنبي جنسية الدولة إذا تزوج من زوجة تتمتع بهذه الجنسية مثال ذلك : القانون الفرنسي، والقانون الأمريكي .

(٢) ويتم التجنس بقرار من رئيس الجمهورية بناء على طلب الشخص نفسه مع ضرورة احترام الشروط التي يقضي بها القانون : انظر المادتين ٥ ، ٦ من قانون الجنسية ، وآخر قوانين الجنسية في مصر هو القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥ وطبقا للمادة ٩ فإن كل أجنبي أقام في مصر عشر سنوات متتالية يستطيع أن يطلب التجنس بالجنسية المصرية، وتمنح له بقرار من وزير الداخلية إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة، ويتم تخفيض المدة إلى خمس سنوات إذا كان الأجنبي قد حصل على إذن بالإقامة في مصر بقصد التجنس .

(٣) مادة ١٦ من قانون الجنسية .

وأخيرا نذكر أنه قد يكون الشخص عديم الجنسية لا ينتمي لأية دولة على الإطلاق، وقد يكتسب الشخص أكثر من جنسية دولة معينة ويطلق على الحالة الأولى تعبير " إنعدام الجنسية" وعلى الثانية " تعدد الجنسية " ، وتضع قوانين الدول علاجا لهاتين المشكلتين لا يتسع المقام لذكره، ونكتفي بهذا القدر حيث أن دراسة الجنسية تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص .

ثانيا : الحالة الدينية

ويقصد بها الصفة التي تلحق بالإنسان نتيجة لاعتناقه دين معين، فيكون الشخص مسلما أو مسيحيا أويهوديا .

وبعد زوال هيمنة رجال الدين على صناعة القانون واحتكار معرفته، لم يعد اختلاف الدين بذي أثر على الشخصية القانونية للإنسان في العصر الحديث وخاصة في المجتمعات الغربية حيث حلت رابطة الجنسية محل الرابطة الدينية[١].

وإذا كان القانون المصري يأخذ بهذه القاعدة ويقرر عدم التمييز بين المصريين في التمتع بالحقوق والواجبات العامة بسبب

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٨٥ .
– وحول أثر الدين على القانون وعلى الإنتماء السياسي للفرد في المجتمعات القديمة، راجع د/ صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٢ – ص ٧٠ وما بعدها .

الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة[١]، إلا أن التركيبة الدينية للمجتمع المصري ووجود المسيحية بجانب الإسلام جعلت المشرع المصري يخرج عن تلك القاعدة العامة السائدة حاليا، ليقرر خضوع المصريين في بعض مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث ووصية ونفقة إلى شرائعهم الدينية ، فحقوق المصري المسلم وواجباته بالنسبة للزواج والطلاق تختلف عن حقوق المصري غير المسلم وواجباته بالنسبة للزواج والطلاق وما يتفرع عنهما من ميراث ووصية ونفقة .

فمثلا يجوز للمسلم أن يتزوج بأكثر من واحدة (وحتى أربع زوجات) طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، بينما لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج بأكثر من واحدة، كذلك تقرر الشريعة الإسلامية عدم الزواج بغير المسلم حيث تحرم ذلك على المرأة المسلمة - وأيضا تقرر عدم التوارث بين المسلم وغير المسلم .

بيد أن المشرع المصري يتجه نحو التضييق من دائرة الأحوال الشخصية التي تختلف فيها الأحكام باختلاف الدين، ومن ذلك أنه جعل أحكام الميراث خاصة أنصبة الورثة، والوصية، والولاية على المال واحدة بالنسبة إلى كل المصريين[٢].

---

(١) مادة / ٤٠ من الدستور المصري الحالى (١٩٧١).
(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - ص ٨٥.

الفــرع الثانــي

(الإســــم " Le Nom ")

يعتبر الإسم الذي يتسمى به الشخص من مميزات شخصيته، وسوف نتناول ثلاثة مسائل بخصوص الإسم الشخصيى فنوضح : أولاً أهمية الإسم وعناصره، وثانياً طبيعة الإسم وخصائصه، ثم نتحدث أخيراً عن حماية الإسم .

أولاً : أهمية الإسم وعناصره

يتعين أن تكون هناك وسيلة معينة لتمييز شخصية الإنسان عن غيره من بني جنسه، وتلك الوسيلة تتمثل في الإسم، حيث يكون لكل شخص إسم يعرف به ويستخدم للتمييز بينه وبين سائر الناس في المجتمع.

ونظراً لضرورة الإسم فقد نظمته القوانين المختلفة ومنها التشريع المصري والذي نص في المادة ٣٨ من التقنين المدني علىأن : " **يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده** ".

وهكذا يوجب المشرع على كل شخص اتخاذ إسم يميزه عن غيره من الأشخاص .

ويتكون الإسم من عنصرين : الإسم الشخصي وهو الذي يقتصر على الشخص وحده ولا يشترك معه غيره من أفراد أسرته في حمله، ويشمل الإسم كذلك اللقب وهو إسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص ويشترك في حمله جميع أفراد الأسرة إذ لا يكفي الإسم الشخصي بمفرده للتمييز بين الأشخاص في المجتمع .

ويجب أن يتضمن الإخطار بواقعة الميلاد اختيار اسما محددا للمولود حسبما نصت على ذلك المادة ١٨ من قانون الأحوال المدنية(١) ، وليس هناك في مصر أي ضابط للأسماء حيث يكون للأفراد الحرية الكاملة في أن يضفوا على أبنائهم ما يشاءون من أسماء (٢)، بيد أنه يجب التقيد بالنظام العام والآداب عند اختيار الأسماء ومراعاة نفسية الطفل بعدم اختيار اسما له يسيء أخلاقيا إليه أو يسبب له متاعب نفسية عندما يكبر، فليس هناك أسوأ من أن يخجل الإنسان من ذكر اسمه(٣).

---

(١) رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٧٤، وهامش رقم ١، حيث يذكر فيه أنه يجري اختيار الأسماء الشخصية للأطفال في فرنسا من بين أسماء معينة هي في أغلبها أسماء القديسين، بحيث يمتنع الموظف المختص عن قيد الطفل في دفاتر المواليد إذا اختير اسم للمولود خارج تلك الأسماء .

(٣) د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ١٤٩ ، والأصل أن الأب هو الذي يختار اسم المولود عند الاختلاف حول تسميته وذلك لأنه رب الأسرة وله القوامة على زوجته، بل إن من حق المولود على أبيه اختيار اسم له، وأن يحسن اختيار هذا الإسم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وطبقاً لنص المادة ٣٨ من القانون المدني فإنـــه يجـــب أن يكون هناك لقـــب للشخص ، غير أن المـــادة ٣٩ قد أوضحت أن كيفيـــة اكتساب الألقاب وتغييرها ينظمها تشريع خاص، ولكن هـــذا التشريع لم يصدر بعد، وعلى ذلك يبقى وجوب أن يكون للشـــخص لقباً معيناً طبقاً لحكم المادة ٣٨ دون تطبيق، إذ يكون هـــذا الحكـــم معطلاً حتى صدور قانون ينظم الألقاب[١]، مع أن اختيار الألقـــاب مسألة ضرورية للتمييز بين الأشخاص في مصـــر حيـــث تتشـــابه الأسماء إلى حد كبير [٢].

ولهذا فإن عادة الناس قد جرت على أن يكون للشخص اسماً ثلاثياً حيث يقترن اسمه باسم أبيه وجده لأبيه، بل تشـــترط بعـــض الجهات ذلك، إذ يجب عند قيد المولود في سجلات المواليد ذكـــر اسمه مقروناً باسم أبيه وجده لأبيه وأحياناً يكون الإسم رباعياً .

أما في الدول الغربية ومنها فرنسا فإنه يجب في العـــادة أن يكون لكل أسرة لقباً خاصاً بها بحيث يثبت لجميع أفـــراد الأســـرة، حيث يتكون الإسم من عنصرين الإسم الشخصي، وإسم الأســـرة أو اللقب، ويكون لإسم الأسرة أهمية أكبر من الإسم الشـــخصي فـــي

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٧٤.

(٢) ويطلق على الاسم الشخصي في اللغة الفرنسية لفظ "prénom" أما اللقب فيطلق عليه " Nom أو Nom de famille" .

الحياة الاجتماعية[١].

ولقب الشخص يلحق أبناءه طبقا لنص المادة ٣٨ من القانون المدني، فالولد يأخذ لقب أبيه ولو رغما عنه ، ولكن لا يلحق لقب الشخص زوجته بل تظل محتفظة بلقب أسرتها الأصلية بعكس الوضع السائد في البلاد الأوربية حيث تأخذ المرأة لقب زوجها.

اسم الشهرة : قد يشتهر الشخص بين الناس باسم آخر غير اسمه الحقيقي فيسمى ذلك باسم الشهرة، فهو اسم لا يطلق على الشخص لحظة الميلاد ويقيد في السجل المدني ، وإنما يكتسبه الشخص بعد ميلاده عن طريق الاشتهار به بين الناس .

ويجوز لمن يحمل اسم الشهرة أن يجعل منه اسما حقيقيا له وذلك بعد اتباع إجراءات معينة نص عليها القانون، ولكن ليس هناك ما يمنع من احتفاظ الشخص باسم الشهرة بجانب اسمه الحقيقي ، ويكون له أن يطلب حماية القانون في حالة وقوع إعتداء

---

(١) وكانت المادة ٦٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والمقابلة لنص المادة ٣٨ تنص على أن لقب الشخص يلحق زوجته في حياته وكذلك بعد مماته إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها.
إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قد اعترضت على ذلك، لأن هذا النظام نظام أوربي لم يتعوده المصريين، ولهذا تم تعديل نص المادة إلى الصيغة التي تضمنتها المادة ٣٨ : انظر :
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جـ١- ص ٢٣٧، ص ٢٣٨.

على إسم الشهرة[١].

الإسم المستعار : هو " **ذلك الاسم الذي يصطنعه الشخص ويطلقه على نفسه تحقيقا لغرض معين** "، فقد يهدف الشخص إلى ستر شخصيته الحقيقية وعدم الكشف عنها في مجال معين كما إذا احترف الغناء أو التمثيل وكانت تقاليد أسرته لا تبيح ذلك، وقد يرمي الشخص إلى الشهرة في مجال معين كالمجال الأدبي أو الفني أو الصحفي أو الرياضي فيطلق على نفسه اسم مستعار خاصة إذا كان اسمه الحقيقي صعبا أو شائعا حيث يحقق له الإسم المستعار سهولة تمييزه عن غيره[٢].

وتتقيد حرية الشخص في اتخاذ إسم مستعار بداهة باحترام اسم الغير وعدم انتحاله، ولهذا يكون من حق الشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعارا له حماية للغير ومنعا للغش، ولما يحمله ذلك من احتمال الخلط بين الشخصين[٣].

ويجب أن يشتهر الشخص بالاسم المستعار بحيث يعرف ويتميز به حتى يثبت له هذا الإسم ، لأنه نوع من اسم الشهرة ، والقانون يحمي الإسم المستعار كما يحمي الإسم الحقيقي، حيث

---

(١) د. أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ١٦٥.
(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٧٩.
(٣) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٥٦.

يمتنع على الغير منازعة صاحبه فيه أو انتحاله(١).

غير أن استعمال الشخص لاسم الشهرة أو الاسم المستعار مهما طال أمده لا يمنع من العودة للكشف عن الإسم الحقيقي للشخص لأنه حق من حقوقه الشخصية التي لا تسقط بعدم الاستعمال(٢).

وبالإضافة إلى إسم الشهرة والإسم المستعار يوجد أيضا الإسم التجاري وهو الذي يطلقه الشخص على محله التجاري، ويعتبر عنصرا هاما من العناصر المعنوية للمحل التجاري وله قيمة مالية، وقد يكون هذا الإسم هو نفس الإسم الشخصي لصاحب المحل التجاري أو اسم عائلته وقد يكون اسما آخر،ويتمتع الإسم التجاري بحماية القانون، وتدخل دراسته ضمن دراسة المحل التجاري أي تحت موضوعات القانون التجاري(٣).

ودراستنا للإسم كأحد خصائص الشخصية القانونية للإنسان، تقتصر على الإسم الشخصي الحقيقي الذي يتسمى به الشخص عند ميلاده والذي يثبت في دفتر المواليد في السجلات المخصصة لذلك

(١) د. عبد الباقي : ص ٨٠ .
(٢) د. أحمد سلامة : ص ١٦٦ .
(٣) للمزيد من التفصيل حول معنى وعناصر وحماية الإسم التجاري راجع، د. على حسن يونس : القانون التجاري – ١٩٧٩ – ص ٣٠٠ وما بعدها .

على النحو الذي تقدم ذكره.

ثانيا : طبيعة الإســـم وخصائصه

(١) الطبيعة القانونية للإســم :

لقد نشب الخلاف في المجال الفقهي والقضائي حول الطبيعة القانونية للإسم الشخصي، حيث رأى فيه البعــض واجبــا يقـــرره القانون ونظاما للأمن المدني في المجتمع تستوجبه المصلحة العامة للمجتمع حتى يتم تمييز كل فرد عن الآخرين بما يســـمح بتحميلــه بالواجبات القانونية، ولذا فإن المشرع يضع القيـــود علـــى حريـــة الأفراد في استخدام الاسم وفي تغييره والتصرف فيه (١).

على أن تصوير الإسم بأنه مجرد واجب تقتضيه المصلحـــة العامة في الدولة لم يعد مقبولا في نظر غالبية الفقه، لأنـــه يغفـــل مصلحة الشخص في تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره بـــه عن طريق الإسم، فالإسم يحقق مصلحة جوهرية للشخص وليـــس مجرد واجب على عاتقه، ومن ثم فإن الإسم يشكل حقا للشـــخص مقصورا عليه ويجب احترامه وحمايته في حالة الإعتداء عليه(٢).

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي :

- Colin et Capitant par : Julliot de la Morandiere; leçons de droit civil francais-T-1 lle éd-No. 590.

(٢) انظر في ذلك :

- Mazeud (H.L) : Lecons de droit civil-T.1- 4e éd – Par M.de Juglart-ler vol-Introduction a l'étude du droit – No. 561.

ولكن ما هي طبيعة هذا الحق ؟

ذهب رأى أول في الفقه الفرنسي إلى النظر إلى الإسم على أنه حق ملكية يرد على شيء معنوي ولذا لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه ولا يسقط بالتقادم خاصة في ظل اسم الأسرة أو اللقب الذي يسود القانون الفرنسي، ونتيجة لذلك فقد استند القضاء على هذا التكييف لقبول الدعوى التي يرفعها صاحب الإسم ضد من يعتدي عليه حتى ولو لم يلحق صاحب الإسم أي ضرر نتيجة لهذا الاعتداء [١].

إلا أن هذا التكييف لم يعد مقبولا لوجود اختلاف بين الحق في الاسم وحق الملكية، فخصائص الملكية لا تتوافر للإسم، خاصة وأن الملكية تقتضي انفراد المالك بما يملك، في حين أن الاسم شائع

---

(١) أنظر في عرض هذا المذهب ونقده :

- Ripert, Boulanger et Planiol : Op. cit – No. 525 – pp. 213 et 214.

وفي القضاء الذي ذهب إلى تكييف الحق في الاسم بأنه حق ملكية يرد على شيء معنوي انظر مثلا :

- Cass. Civ : 25 – 10 – 1911 – D – 1912 – 1 – p. 208.

بين الناس ويحق لأكثر من شخص حمل ذات الإسم[١].

ويتجه البعض في الفقه الحديث إلى اعتبار الإسم من حقوق الشخصية على أساس أنه يشكل حقا لصاحبه يميز شخصيته وكيانه الذاتي، فهو ملازم للشخصية ولصيقا بها[٢].

وأخيرا يتجه الرأى الراجح إلى اعطاء الإسم طبيعة مزدوجة، فكما يعتبر حقا للشخص يعد واجبا عليه تفرضه الدولة في نفس الوقت مراعاة للصالح العام وتحقيقا لأمن واستقرار المعاملات، فالإسم حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهو من ناحية أخرى واجب يقع على عاتق كل شخص[٣].

---

(1) Ripert, Boulanger et Planiol : Op. Cit No, 525.

- ولقد ذهب رأى الى اعتبار الاسم من حقوق الأسرة، ولكن هذا الرأى مردود بأن حقوق الأسرة تفترض انتماء الشخص إلى أسرة معينة بينما الإسم ميزة يتمتع بها حتى من لا أسرة له مثل اللقيط.

(٢) أنظر على سبيل المثال :

- Mazeaud (H.L) : T.1 – par M.de Juglart – Op. Cit – No. 562,

- د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٢٩٨، د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ١٥٦.

(٣) انظر في هذا الرأى : د. عبد الفتاح عبد الباقي ك ص ٧٥ ، د. حسن كيرة : ص ٥٤٩ ، ص ٥٥٠ والمراجع المشار إليها بهامش ١ – ص ٥٥٠.

(٢) خصائص الإســــم :

يترتب على الطبيعة المزدوجة للإسم عدة آثار تميزه ، وهذه الآثار بعضها ناشئ من النظر للإسم على أنه واجب، والآخر ينتـج عن اعتبار الإسم حقا من حقوق الشخصية، وسنوضح تلك الآثـــار أوالخصائص فيما يلي :

أ – خصائص الإسم بوصفه حقا من حقوق الشخصية :

يتميز الإسم باعتباره أحد الحقوق اللصيقة بشخص الإنســان بالخصائص الآتية:

١- **عدم قابلية الإسم للتصرف فيه:** لا يجوز التصرف في الإســم لأنه تعبير عن ذات الإنسان ووثيق الصلة بشخصيته، ومن ثم يخرج عن دائرة التعامل وبالتالي لا يجوز أن يكــون محــلا للتصرف ويقع باطلا بطلانا مطلقا أى اتفاق يرد على الإســم الشخصي(١).

غير أنه يجوز لصاحب الإسم أن يرخص للغير في استعماله فـــي غرض معين ، وتطبيقا لذلك يجــوز لصاحبــه السماح لكاتب

---

(١) أما الإسم التجاري فعلى العكس يعتبر عنصرا من عنـــاصر المحــل التجـــاري وتكون له قيمة مالية ومن ثم يجوز التصرف فيه ولكن مع التصرف في المحــل التجاري نفسه كوحدة افتراضية قائمة بذاتها .

صحفي أو أديب باطلاق اسمه على إحدى الشخصيات الخيالية في رواياته او قصصه، كما يجوز أن يستخدم الإسم بصفة عامة في حدود نشاط أدبي أو فني، لأن ذلك لا يتعارض مع الغرض المقصود من الإسم، إذ يبقى علامة مميزة لصاحبه بالرغم من هذا الترخيص(١).

٢- الاسم الشخصي لا يسقط ولا يكتسب بالتقادم :

يترتب على عدم قابلية الإسم الشخصي للتصرف، عدم جواز سقوطه أو كسبه بالتقادم مهما طال الزمن، ذلك لأن التقادم يرد على الحقوق المالية والاسم ليس كذلك.

وبناء عليه فإن انتحال إسم شخص آخر والتسمي به في الواقع لا يكسب من قام بذلك حقا في الإسم مهما طالت مدة انتحاله واستعماله إياه، كما أن عدم إستعمال الإسم أو اللقب لا يؤدي إلى سقوط الحق في استعماله مهما طالت مدة عدم الإستعمال(٢).

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٥٣.

(٢) وإذا كانت أحكام المحاكم الفرنسية تجري منذ زمن بعيد على تقرير عدم سقوط الاسم العائلي أو اسم الأسرة بعدم الاستعمال مهما طال الزمن، انظر مثالا على ذلك:
- Rennes : 20- 11-1933 – Gaz.Pal – 1934 – 1 – p. 81.

إلا أن القضاء الفرنسي يعترف من ناحية أخرى بإمكانية اكتساب الاسم العائلي عن طريق استعماله مدة طويلة : انظر مثلا :
- Paris : 27-6-1937 – S. 1937-2-190.

– هذا ويلاحظ أن الاسم التجاري له قيمة مالية. ولهذا فليس هناك مانع من اكتسابه أو فقده بمضي المدة : د. حسن كيرة : ص ٥٥٤.

ب - خصائص الإسم باعتباره واجبا :

يتميز الإسم من ناحية أخرى ببعض الخصـــائص بوصفـــه واجبا على الشخص بحيث تكون له الصفة الإلزامية، فضلا عـــن عدم إمكان تغيير الإسم إلا بإجراءات معينة .

١- **الصفة الإلزامية للإسم :** أوجب القانون أن يكون لكل شـخص إسم معين، فإذا كان الإسم حقا للشخص فهو واجبا عليه في نفـــس الوقت، ومن هنا فقد تطلب المشرع اختيار إسم محدد للمولـــود[١]، وعلى هذا الأخير أن يتسمى بالإسم الذي أضفى عليـــه[٢]. وتعـد بطاقة تحقيق الشخصية التي تصدر من مكاتب السجل المدني دليـلا قانونيا على الاسم الشخصي ما لم يثبت تزويرها[٣].

والسبب في الصفة الإلزامية للإسم أنـــه ضـرورة لتميـيز شخصية الإنسان عن غيره ومنع اختلاطه بـــهم، فالصـــالح العـام يفرض وجوب تسمى كل فرد باسم معين .

٢- **عدم جواز تغيير الإسم بمحض إرادة صاحبه :** لايجوز تغيـير الإسم بمحض إراداة صاحبه وإنما باتباع إجراءات رسمها القانون.

---

(١) مادة / ١٨ من قانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠
(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - هامش ١ - ص ٧٦.
(٣) د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق - ص ١٥٩.
- ولعل في الأخذ بمشروع الرقم القومي وبدء تطبيقه في مصـــر مـــايقلل مـــن حالات التزوير، وقد يقضي عليها كلية .

إذ يعتبر الإسم واجبا على الشخص، فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يغير اسمه بمحض إرادته وإظهار رغبته في ذلك حتى ولو أشاع هذه الرغبة بين الناس(١).

بل يجب على من يريد تغيير اسمه أن يتبع الإجراءات الخاصة التي رسمها القانون، حتى يتحقق للإسم نوعا من الثبات والاستقرار بما يكفل عدم اختلاط الأشخاص واستقرار المعاملات في المجتمع .

وتطبيقا لذلك إذا رغب الشخص في تغيير اسمه فإن المشرع قد أناط بالسلطة العامة المختصة رقابة جدية التغيير للتأكد من سلامة الغرض منه وعدم إضراره بالغير، وذلك عن طريق وجوب اتباع إجراءات معينة بينها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٦ والمعدل بالقانون رقم ٦٣٧ لسنة ١٩٥٢ ، ويكون تغيير الإسم بحكم

---

(١)مادة ٢٩ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٦، وتتلخص إجراءات تغيير الإسم حاليا في تقديم طلب إلى مكتب السجل المدني المختص من الشخص طالب التغيير مرفقا به صورة من شهادة الميلاد والأوراق التي تؤيد طلبه، ويقوم أمين السجل المدني بتقديم الطلب مشفوعا بالمستندات إلى النيابة العامة التي تقوم بدورها برفع دعوى أمام المحكمة الجزئيةالمختصة لاستصدار حكم بإجراءات التغيير المطلوب وهو حكم نهائي غير قابل للإستئناف .
أما تصحيح الأخطاء المادية فيكون من حق أمين السجل المدني إجراؤه والتوقيع عليه ويعتمد من مفتش السجل المدني المختص (م/٣٦ من قانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠).

من المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها مكتب السجل المدني المقيد فيه الإسم طبقا للقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية (مادة ٣٦٢).

والإعتبارات التي تدعو إلى التغيير كثيرة، ومنها أن يكون الإسم المراد تغييره مثارا للسخرية أو لعدم الاحترام مما يسبب ألما نفسيا لصاحبه، أو تغيير الديانة وما قد ينشأ عن ذلك من عدم مسايرة الإسم للديانة الجديدة، أو اشتهار الشخص باسم غير اسمه الحقيقي فيطلب إحلال إسم الشهرة محل الإسم الحقيقي الذي أهمله الناس تماما حتى أصبح في طي النسيان(١).

هذا وقد أجاز القانون لمن يلحقه ضرر من تغيير الإسم أن يعترض على هذا التغيير (٢).

ثالثا : حماية الإسم

يحمي القانون الإسم باعتباره حقا من الحقوق اللصيقة بالشخصية،وقد نصت المادة ٥١ من القانون المدني على حماية

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٥.
(٢) ولهذا أوجب القانون الإعلان عن طلب التغيير في إحدى الصحف اليومية، وتعليق صورة من الإعلان على القسم أو المركز أو باب العمدة، فإذا لم يعترض أحد أو اعترض ورفض اعتراضه أمكن إجراء التغيير المطلوب على هامش دفتر اليومية .

الاسم، حيث حددت صور الاعتداء على الاسم وحصرتها في صورتين هما :

١- المنازعة في استعمال الاسم بلا مبرر :

إذا نازع شخص آخر صاحب الإسم في استعماله كأن ينكر عليه بالقول أو الفعل أنه صاحب الاسم فمثلا إذا ادعى شخص بأن ما تتسمى به ليس هو اسمك الحقيقي أو أشاع بين الناس ذلك، وكان هذا الادعاء بلا مبرر فإنه يعتبر اعتداءا على اسمك وجاز لك أن تطلب من القضاء حماية اسمك بثبوت حقك في التسمي بالاسم وبمنع المدعي من التسمي به [١].

٢- انتحال الاسم دون وجه حق :

يقصد بالانتحال تسمى شخص باسم شخص آخر دون أن يكون هذا الإسم له في الأصل، فهذا الفعل يشكل إعتداءا على حق صاحب الاسم يجيز له أن يطلب الحماية القانونية[٢].

ولكن لا يعتبر انتحالا للاسم مجرد التشابه في الأسماء وتطابقها تطابقا تاما، فإذا استفاد شخص من تشابه اسمه مع اسم شخص آخر فلا يكون هذا انتحالا للاسم، أما إذا عمد إلى استغلال

---

(١) د. أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ١٦٩.
(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٧٨.

تشابه اسمه مع اسم غيره في الاستفادة على حساب سميه أو الحاق الضرر به، فإنه يعد منتحلاً لشخصية سميه وليس لاسمه، ويحق لهذا الأخير أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عن الضرر الذي لحقه من جرائه[١].

ومتى وقع الاعتداء في إحدى صورتيه ، جاز لصاحب الاسم أن يطلب من القضاء وقف هذا الاعتداء دون تعليق ذلك على وقوع ضرر محدد، فضلاً عن حق صاحب الاسم في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء المنازعة أو الانتحال وفقا لما تقضي به المادة ٥١ من القانون المدني .

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : نفس الإشارة السابقة .
- غير أنه يجوز لصاحب الإسم الأصلي أن يضيف عنصراً مميزاً إلى اسمه لتمييزه عن غيره في حالة تشابه الأسماء.
- ولا يعد انتحالاً اطلاق اسم شخص على شخصية هزلية في رواية أوعلى حيوان إمعاناً في الإضرار به، غير أن هذا يشكل اعتداءاً على شرف الشخص يبرر رفع دعوى قضائية لوقفه وحماية الشرف مع التعويض إن كان له محل. د. أحمد سلامة : ص ١٦٩ ، ص ١٧٠.

الفرع الثالث

(الموطن " Le domicile ")

هناك عوامل أخرى مساعدة بجانب الاسم والحالة تكفل تمييز الشخصية القانونية للإنسان، ومن بين تلك العوامل الموطن الذي يقطنه الشخص ، فالإنسان يحيا حياة قانونية حيث يجري التصرفات القانونية ويلجأ إلى القضاء في شأنها، ولذا كان من الضروري أن يكون للانسان موطنا يمكن مخاطبته فيه من الناحية القانونية فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وسائر أوجه نشاطه القانوني.

وقد نظم المشرع المصري أحكام الموطن في المواد من ٤٠ إلى ٤٣ من القانون المدني المصري، وباستقراء نصوص هذه المواد يتضح أن المشرع يعترف للشخص بموطن عام، فضلا عن إمكانية وجود موطن خاص بجانب الموطن العام.

وسنبدأ بدراسة الموطن العام ومعيار تحديده ونتطرق لدراسة الموطن الخاص وأنواعه، وأخيرا نوضح أهمية الموطن بصفة عامة، وذلك من خلال ثلاثة مسائل كالتالي :

أولا : الموطـــن العام

(أ) تعريف الموطن العام ومعياره :

طبقا لنص المادة ١/٤٠ من القانون المدني فإن " **الموطـــن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة** " .

وعلى ضوء هذا التعريف للموطن العام يتضح وجـــوب أن يتوافر فيه شرطان وهما :

١- الإقامة الفعلية :

ويقصد بذلك المسكن الذي يقيم فيه الشخص بحيث يكـــون محلا لإقامته وتوجد فيه منقولاته ومتعلقاتـــه الشـــخصية اللازمـــة لمعيشته .

فالإقامة الفعلية إذن هي أساس فكرة الموطن، فـــلا يعتـــبر المكان موطنا للشخص مهما تركزت فيه مصالحـــه، إلا إذا كـــان مقيما فيه (١).

٢- استقرار الإقامـــة :

يجب أن تكون الإقامة مســـتقرة أو معتـــادة أي أن يكـــون الشخـــص مقيما فـــي المكان وبصفة مستقرة ، ولكن لا يشترط أن

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : السرجع السابق – ص ١٤٠.

تكون الإقامة متصلة دون إنقطاع(١). وإنما يكفي أن يقيم الشخص في المكان بحيث يمكن القول بأنه قد اعتاد الإقامة فيه وأن يعلم بما يجري في المكان مما يتعلق بنفسه وشئونه، حتى ولو تخللت إقامته فيه فترات متقاربة أومتباعدة (٢) .

والعبرة بالمظاهر المادية الملموسة للإقامة، فإذا دلت الشواهد والدلائل المستمدة من ظاهر الحال على استقرار الشخص في مكان ما اعتبر هذا المكان موطنا للشخص حتى ولو كان لا ينوي الاستقرار فيه في الحقيقة(٣).

واستقرار الإقامة في المكان هو الذي يميز الموطن عن محل الوجود أو محل السكن والذي لا يعني الإقامة بصفة مستقرة في المكان، ومثال ذلك الإقامة في فندق خلال رحلة سياحية لعدة أيام أو لعدة أسابيع حيث يعتبر الفندق محل إقامة أوسكن الشخص خلال هذه المدة ولا يعد من ثم موطنا له(٤). طالما أن إقامته فيه

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جـ١ - ص ٣٤٢ .

(٢)د. أحمد سلامة : المرجع السابق - ص ١٥٨ وحكم النقض المشار إليه بهامش رقم ١ (نقض مدني ١٩٤٧/٥/١).

(٣)د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق - ص ١٤١، د. حسن كيرة - ص ٥٦٥ - عكس ذلك : د. أحمد سلامة : نفس الإشارة - حيث يرى أن العبرة بنية الإقامة وهي العنصر المعنوي للموطن.

(٤)د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق - ص ١٧٩، ص ١٨٠.

بصفة عارضة لا يتوافر لها معنى الإعتياد والإستقرار [١].

وقاضي الموضوع هو الذي يستقل بتقدير توافر شرط الاستقرار أو عدم توافره، إذ أن ذلك من مسائل الواقع التي يفصل فيها القاضي بحسب ظروف كل حالة على حده[٢].

خلاصة ما تقدم أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص على سبيل الإستقرار أو الإعتياد.

ويلاحظ أن المشرع المصري قد أخذ بالتصوير الواقعي للموطن مثله في ذلك مثل المشرع الألماني (مادة/٧ من القانون المدني الألماني)، حيث العبرة بالإقامة الفعلية المستقرة أو المعتادة للشخص، وذلك على عكس بعض التشريعات الأجنبية التي تأخذ بالتصوير الحكمي للموطن حيث تكون العبرة في تحديد الموطن بالمكان الذي يزاول فيه الشخص نشاطه الرئيسي بصرف النظر عما إذا كان يقيم فيه أو لا يقيم[٣] .

---

(١) د. عبد المنعم الصدة : المرجع السابق - ص ٨٣.

(٢) نقض مدني : ١٩٦٩/٥/٢٧ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٠ - ص ٨٠٢.

(٣) يأخذ المشرع الفرنسي في المادة ١٠٢ من التقنين المدني بالتصوير الحكمي للموطن، وهذا المسلك وإن كان يحقق الثبات والإستقرار إلا أنه يثير صعوبات عملية في حالة عدم مزاولة الشخص لأى نشاط أو مزاولته لأكثر من نشاط : انظر في التصوير الحكمي للموطن :
د. عبد المنعم الصدة : المرجع السابق - ص ٨٤ ، ص ٨٥.

ويترتب على الأخذ بالتصوير الواقعي أو الفعلي للموطـــن نتيجتان وهما :

أ - **تعدد الموطن** : قد يقيم الشخص في أكثر من مكان ويستقر في كل مكان من هذه الأمكنة بعض الوقت أى يعتاد الإقامة في أكـــثر من مكان ففي هذه الحالة يكون للشخص أكثر من موطن.

فقد يتزوج الشخص بأكثر من زوجة وتكون كل منهن فـــي بلد معين فيكون لهذا الزوج أكثر من موطن، وقد يقيم شخص فـــي الريف بعض شهور السنة ثم يقيم في المدينة في البعـــض الآخـــر، فيكون له موطنان في هذه الحالة (١).

٢- **عدم وجود موطن** : وعلى العكس قد لا يقيم الشخص في مكان معين على سبيل الاعتياد والاستقرار بل ينتقل من مكان إلـــى آخر فلا يكون له أى موطن بالمعنى القانوني كما هـــو الحـــال بالنسبة للبدو الرحل.

وقد نصت المادة ٢/٤٠ من القانون المدني المصري علـــى ذلك بقولها " **ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر مـــن**

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - ص ٤٣٥.

موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما "[١].

ب) طرق تحديد الموطن العام :

الأصل أن الشخص هو الذي يقوم بتحديد موطنه بإرادته، حيث يختار المكان الذي يقيم فيه عادة.

غير أن المشرع قد فرض على بعض الأشخاص موطنا إلزاميا يطلق عليه اسم : " الموطن القانوني أو الإلزامي ".

فقد نصت المادة ١/٤٢ من القانون المدني على أن : **" موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا " .**

والعلة في ذلك ترجع إلى أن هؤلاء الأشخاص لا يستطيعون مباشرة التصرفات القانونية بأنفسهم بسبب نقص أهليتهم أو غيابهم

---

(١) وفي حالة الأخذ بالتصوير الحكمي للموطن تترتب نتائج عكسية وهي وحدة الموطن حيث لكل شخص موطن واحد وهو المكان أو المركز الرئيسي الذي يباشر فيه نشاطه، فضلا عن وجود موطن لكل شخص في كل الأحوال.

- والتصوير الواقعي للموطن يفقده عنصر الثبات حيث يجوز للشخص أن يغير اقامته، ولكنه يستجيب للضرورات العملية من ناحية أخرى ويتفق مع الواقع ويتمشى مع أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ومن ثم يقوم بها نيابة عنهم ممثل أو نائب قانوني ولذا يجب مخاطبتهم فيما يخص شئونهم القانونية في موطن هذا النائب القانوني، ويعتبر الموطن قانونيا في هذه الحالة لأن القانون يفرضه على هؤلاء الأشخاص.

وظاهر أن المشرع يأخذ بالتصوير الحكمي للموطن في هذه الحالة حيث لا تستند فكرة الموطن إلى الإقامة الفعلية [١].

وتزول فكرة الموطن القانوني بزوال سبب وجوده، فإذا بلغ القاصر سن الرشد أو عاد المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذو الغفلة إلى تمام العقل والإدراك واستقامة التقدير، أو ظهر المفقود أو رجع الغائب ، ففي مثل هذه الحالات يزول سبب فرض الموطن القانوني أو الإلزامي، ويصبح موطن كل من هؤلاء هو محل إقامته المعتاد أى موطنه العام الذي يحدده هو بإرادته[٢].

إلا أن المشرع قد اعترف للقاصر الذي بلغ ثماني عشر سنة ومن في حكمه بموطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي

(١) د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٣١٠.

(٢) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٦٧ ، ص ٥٦٨.

يعتبره القانون أهلا لمباشرتها[١].

أما الأعمال التي لا يجيز القانون للقاصر القيام بها وسائر الأعمال الأخرى ، فإن موطن القاصر بالنسبة لهذه الأعمال هو موطن النائب القانوني عنه حيث يكون للقاصر ومن في حكمه في هذه الحالة موطنان : أحدهما عام وهو الموطن القانوني أى موطن نائبه، والثاني خاص ويكون مقصورا على الأعمال القانونية التي يجوز للقاصر القيام بها .

ثانيا : الموطن الخاص

قد يكون للشخص موطناخاصا بجانب موطنه العام - حيث تتم مخاطبة الشخص قانونا في موطنه الخاص بالنسبة لبعض أعماله أو أوجه نشاطه التي يمارسها وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو المتعاملين معه بشأن تلك الأعمال .

---

(١) مادة ٢/٤٢ من القانون المدني حيث تنص على أنه : " **ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها** ".

وعبارة " ما في حكمه " تعني كل من يسمح له القانون بمباشرة التصرفات القانونية حتى ولو لم يبلغ سن الثامنة عشرة، وسيأتي تفصيل القول في هذه المسألة عند الحديث عن الأهلية .

فالموطن الخاص إذن هو ذلك الموطن الذي يتم مخاطبة الشخص فيه قانونا بالنسبة إلى بعض الأعمال أو التصرفات القانونية التي يقوم بها هذا الشخص تيسيرا عليه أو على المتعاملين معه.

وقد يتحدد الموطن الخاص بإرادة الشخص نفسه فيسمى في هذه الحالة بالموطن المختار، وقد يحدده القانون مباشرة فيسمى بموطن الأعمال أو الموطن التجاري.

ويعتبر موطن القاصر ومن في حكمه بالنسبة للتصرفات التي يجوز له القيام بها، موطنا خاصا حيث يتم مخاطبة القاصر قانونا في محل إقامته المعتادة بالنسبة لهذه الأعمال، وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

يتبقى بعد ذلك موطن الأعمال أو الموطن التجاري، ثم الموطن المختار وهو ما نوضحه فيما يلي :

(أ) موطن الأعمال أو الموطن التجاري :

طبقا لنص المادة ٤١ من القانون المدني يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

وواضح من ذلك أن المشرع يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا له فيما يتعلق بإدارة شئون تلك التجارة أو الحرفة، ويشترط قيام الشخص بممارسة هذه الأعمال على وجه الإحتراف أي أن تكون التجارة أو الحرفة مهنة له يمارسها في هذا المكان ويعتمد عليها في معيشته بصفة أساسية(١).

وتطبيقا لذلك فإن موطن الموظف لا يعتبر هو المكان الذي يمارس فيه عمله وإنما محل إقامته المعتادة أى موطنه العام، لأن الموظف لا يمارس تجارة أو حرفة أو صناعة بل يؤدي عملا وظيفيا(٢) ، وقد ذهبت محكمة النقض إلى عدم اعتبار المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله موطنا له متى كانت الدعوى قد أقيمت عليه بصفة شخصية(٣) .

أيضا فإن مكتب المحامي لا يعتبر موطنا له بالنسبة لشئونه الخاصة ولكنه يعتبر موطنا له فيما يتعلق بمهنة المحاماة التي يمارسها(٤) .

---

(١) د. أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ١٦٢.
(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ١٤٦.
(٣) نقض مدني: ١٩٥٢/٢/٧– مجموعة القواعد القانونية– جـ٢ –رقم ٤ – ص ١٠١٠.
(٤) نقض مدني : ١٩٥٥/٣/٣١ – نفس المجموعة جـ٢ – رقم ٥ – ص ١٠١٠.

فالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو صناعة يعتبر موطنا خاصا فيما يتعلق بشئون هذه الأعمال دون غيرهـــا، حيث يتم مخاطبة الشخص في موطنه العام إذا لم يتعلـــق الأمــر بالتجارة أو الحرفة أو الصناعة التي يمارسها، أي في محل إقامتــه المعتادة .

(ب) الموطـــن المختـــار :

أجاز القانون أن يكون للشخص موطنا مختارا لتنفيذ عمـــل قانوني معين[١] ، ويتحدد هذا الموطن بإرادة الشخص وحده .

فالموطن المختار هو المكان الذي يختاره الشخص لمباشــرة أعمال قانونية معينة .

ومن أمثلة الموطن المختار مكتب المحامي بالنسبة لدعــوى قضائية معينة أو بعض الإجراءات، حيث يختار الشخص أن يتـــم مخاطبته وإعلانه في دعوى مرفوعة أمام القضاء علـــى عنــوان مكتب محاميه فيعتبر هذا المكان موطنا خاصا له فيما يتعلق بـــهذه الدعوى ويسمى بالموطن المختار.

---

(١) مادة ١/٤٣ مدني.

واتخاذ موطن مختار قد يكون الهدف منه تثبيت الموطـــن طيلة المدة التي يستغرقها عمل قانوني معين دون التأثر بتغيير محل إقامة ذوي الشأن ، أو تجنيب الدائن مشقة وتكاليف اتخاذ إجـراءات التنفيذ في مواجهة مدين مقيم في مدينة أو قرية بعيدة، وقد يـــهدف الموطن المختار إلى تركيز إجراءات التنفيذ في يد وكيـــل معيـــن كمحام مثلا بالنسبة لما يخصّ عقد بيع معين[١] ، كمـــا قـــد يكـــون الغرض من الموطن المختار ضمان وصــــول الأوراق القضائيـــة المتعلقة بدعوى قضائية معينة في حالة غياب الشخص عن موطنـــه العام .

ولا يقتصر الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين علـــى إجراءات التنفيذ الإختياري فقط، بل يمتد ليشمل إجراءات التنفيـــذ الجبري، إلا إذا اشترط الأطراف صراحة قصر هذا الموطن علـــى أعمال دون أخرى[٢] .

ويتحدد الموطن المختار كقاعدة عامة بإرادة الشخص، حيث يجوز له أن يتخذ موطنا مختارا كما يجوز له ألا يقوم بذلك. بيد أن القانون قد يوجب على الشخص أن يتخذ موطنا مختارا في حالات

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٧٠ .

(٢) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٧٠ ، د. الصدة : ص ٩٠.

إستثنائية، ومن هذه الحالات ما تقضي به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري من وجوب تعيين الدائن المرتهن ومن في حكمه، محلا مختارا له في دائرة المحكمة التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقار محل الرهن[١] .

ونظرا لما قد يثيره اختيار الموطن من منازعات، وحسما لأى خلاف في هذا الشأن فقد اشترط المشرع وجوب اثبات الموطن المختار بالكتابة أيا كانت قيمة التصرف الذي تم تعيين الموطن المختار بمناسبته[٢] .

ويظل الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانوني المتعلق به، وترتيبا على ذلك يمكن أن يستمر موطنا مختارا لورثة الشخص بعد وفاته في شأن تنفيذ هذا العمل، وذلك بعكس الموطن العام والذي يعتبر من خصائص الشخصية ولا ينتقل من ثم إلى شخص آخر[٣] .

وإذا كان الموطن المختار مقررا بإرادة طرفي العقد وجب اتفاقهما على تغييره او العدول عنه، ولكن يجوز لأحدهما الانفراد

(١) مادة ٣/٤٣ مدني.
(٢) د. حسن كيرة : ص ٥٧٠.
(٣) د. عبد المنعم الصدة : المرجع السابق – ص ٩٠ .

بتغييره إذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الإضرار بالطرف الآخروبشرط أن يتـــم إعلانـــه بالتغيير [١] .

ثالثا : أهميـــة الموطن

يترتب على تحديد موطن للشخص نتائج بالغة الأهمية فيمـــا يتعلق بالتصرفات القانونية التي يبرمها أو التقاضي بشأنها ومن هنا تتضح أهمية الموطن في عدة جوانب أهمها ما يلي :

١- يجب أن تعلن الأوراق القضائية مثل صحيفة الدعوى والتنبيـه والإنذار إلى الشخص في موطنه أو تسلم إليه شخصيا، فإذا لم تعلن في موطنه كان الإعلان باطلا [٢] .

٢- يتحدد الاختصاص المحلي للمحاكم على أساس موطن المدعي عليه، حيث تختص المحكمة التي يقع فـــي دائرتـــها موطـــن المدعي عليه إذا تعلق الأمر بحق شـــخصي أو حـــق عينـــي منقول[٣] .

---

(1) Marty et Raynaud ; Droit civil – T.1 – 1956-No. 980- p. 1201.

(٢) مادة / ١٠ من قانون المرافعات الجديد.

(٣) مادة / ٤٩ مرافعات.

٣- يتم الوفاء بالالتزامات في موطن المدين ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويقتصر هذا على الالتزامات التي لا يكون محلها شيئا معينا بالذات[١] .

٤- يجب اتخاذ إجراءات شهر الإفلاس أمام محكمة موطن التاجر[٢] ، وكذلك تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين بدعوى شهر إعساره[٣] .

٥- يتم إبرام عقد الزواج وتوثيقه لدى المأذون الواقع في دائرته موطن الزوجة، أما الطلاق فيتم أمام المأذون الواقع في دائرته موطن الزوج.

---

(١) مادة / ٢/٣٤٧ مدني.
(٢) مادة / ١٩٧ تجاري.
(٣) مادة / ٢٥٠ مدني.

الفـــرع الرابـــع

الذمـــــة الماليـــة

يكون لكل شخص ذمة مالية تنشـأ عـن الاعـتراف لـه بالشخصية القانونيـة ويقتضـي الأمـر تعريـف الذمـة الماليـة وخصائصها، ثم الحديث عن صلـة الذمـة الماليـة بالشـخصية القانونية، وأخيرا إبراز أهميتها العملية وذلك كما يلى :

أولا : تعريف الذمة المالية وأهم خصائصها :

يقصد بالذمة المالية مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية حاضرة ومستقبلة[١] ، بحيث ينظر إليها على أنها مجموعة قانونية تفقد فيها عناصر ذاتيتها فلا تظهر من ثم إلا كقيـم إيجابية أو سلبية.

---

(١)د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ١٤٨، د. محمود جمال الديـن زكي : المرجع السابق – ص ٤٧١.

وللمزيد من التفصيل حول الذمة المالية والانتقادات التي يمكن أن توجـه اليـها انظر : د. اسماعيل غانم : في رسالته باللغة الفرنسية بعنوان : "دراسـة نقديـة لفكرة الذمة المالية " – باريس – ١٩٥١.

ومن ذلك يتضح أن الذمة المالية عبارة عن الوعاء الـــذي يصب فيه مجموع الحقوق التي للشخص، ومجموع الالتزامات التي عليه، فلها إذن عنصران أحدهما إيجابي ويشمل جميع الحقوق التي تكون للشخص لدى الغير، والآخر سلبي يظهر فيه جميع الديـــون التي يلتزم بها الشخص تجاه الغير.

وبناء عليه، فإن الذمة المالية تتميز بالخصائص الآتية :

١- لا يدخل في نطاقها سوى الحقوق والالتزامات الماليـــة : أى تقتصر على الحقوق والالتزامات ذات الطابع المالي، فتشـــمل الحقوق العينية والشخصيةو المعنوية، ولكنها لا تشمل الحقـوق السياسية أو الحقوق العامة أو حقوق الأسرة لأنها حقوق غـير مالية أى لا تقوم بالمال ومن ثم لاتعتبر عنصرا فـــي الذمـــة المالية .

كذلك لا يدخل في نطـــاق الذمـــة الماليـــة إلا الإلتزامـــات والواجبات المالية فقط، مثل الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو باعطاء شئ وهو ما يطلق عليه اسم الديون، أما الواجبات التـــي لا تقدر بقيمة مالية كالواجبات التي تقابل حقوق الأسرة مثل واجـــب الطاعة على الزوجة، فلا تدخل في مجال الذمة المالية(١).

---

(١) د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق - ص ٣٣٠.

٢- ينظر إلى الذمة المالية كمجموعة قانونية مجردة ومتميزة عن العناصر المكونة لها، حيث تفنى هذه العناصر وتذوب في الذمة وتفقد ذاتيتها ، بحيث يكون للذمة كيان مستقل عن عناصرها[١].

وينتج من ذلك أن الذمة المالية لا تتاثر بالتغيير الذي يحدث لعناصرها، فقد تدخل الأموال في الذمة وقد تخرج منها، وقد تتحمل بالالتزامات وقد تتخلص منها دون أن يؤثر ذلك على وجود الذمة، وإن أثر على مضمونها[٢].

٣- تضم الذمة المالية في جانبيها الإيجابي والسلبي ليس فقط الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة وإنما أيضا الحقوق والالتزامات المالية المستقبلية، فهي وعاء يضم كل الحقوق والالتزامات المالية التي للشخص أو عليه في الحال والمستقبل معا[٣].

وقد أدى ذلك ببعض الفقهاء إلى تعريف الذمة المالية بأنها

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٧٢.
(٢)د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٠٨ ، ص ٥٠٩.
(٣)د. عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ١٤٩.

" صلاحية الشخص لتلقي الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية "(١).

ولكن هذا التعريف يخلط بين الذمة المالية وأهلية الوجوب، على الرغم من وضوح التفرقة بينهما، فمن ناحية : تتعلق أهلية الوجوب بالحقوق والالتزامات بصفة عامة سواء كانت مالية أم غير مالية أما الذمة فلا تشمل سوى الحقوق والالتزامات المالية .

ومن ناحية أخرى فإن أهلية الوجوب تعني مجرد صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما الذمة المالية فهي مجموع ما يثبت للشخص فعلا من حقوق أو مايكون عليه من التزامات مالية، وإن كان ينظر إلى الذمة المالية نظرة اعتبارية بحيث تشمل الحقوق والالتزامات المستقبلة كذلك(٢).

٤- تثبت الذمة المالية لكل شخص بالضرورة حتى ولو لم يكن له أية حقوق أو لم يكن محملا بأى التزام في وقت معين، فالوليد لحظة خروجه حيا من بطن أمه تثبت له ذمة مالية على اعتبار أنه سيكسب بالضرورة حقوقا في المستقبل(٣).

---

(١) د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٣٣١.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٥٠، ص ١٥١.

(٣) د. عبد الباقي : نفس الإشارة ، د. الصدة : ص ٦٥ ، ص ٦٦.

ويلاحظ أنه إذا زادت حقوق الشخص عن التزاماته المالية فإن ذمته المالية تعتبر دائنة ويصبح موسرا، أما إذا كانت ديونه أزيد من التزاماته اعتبرت ذمته مدينة وأصبح معسرا أو مفلسا .

ثانيا : مدى ارتباط الذمة المالية بالشخصية :

هل ترتبط الذمة المالية بالشخصية القانونية ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فما مدى الصلة بين الذمة المالية والشخصية ؟

اختلف الفقه بصدد مسألة مدى الصلة أو الإرتباط بين الذمة المالية والشخصية القانونية، وظهرت في هذا المجال نظريتان : إحداهما تسمى النظرية الشخصية والأخرى يطلق عليها اسم نظرية التخصيص، وسنلقي كلمة حول كل منهما :

أ) النظرية الشخصية [١] :

تذهب هذه النظرية إلى الربط بين الذمة المالية والشخصية واعتبارها إحدى خصائص الشخصية، بل هى الشخصية ذاتها في جانبها المالي. ويترتب على ذلك أن يكون للذمة المالية نفس خصائص الشخصية، فصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل

---

(١) قال بهذه النظرية الفقيهان الفرنسيان " أو بري ورو " في القرن التاسع عشر، ولقيت تأييدا كبيرا حتى أوائل القرن العشرين : انظر في تلك النظرية :

- Aubry et Rau : Droit civil-T j2-5e èd – No. 162.

بالالتزامات المالية تجعل من المحتم أن تكون له ذمة مالية .

ويترتب على الأخذ بهذا التصوير للذمة المالية عدة آثار أهمها [١] :

١- لكل شخص ذمة مالية بالضرورة : نظرا لارتباط الذمة بالشخصية فمن غير المتصور وجود الشخصية بدون ذمة مالية حتى ولو لم يكن للشخص أى حق أو لم يكن عليه أى التزام في الوقت الحاضر، فالوليد مثلا له ذمة مالية لأنه قابل لأن تكون له حقوق أو أن يتحمل بالالتزامات مستقبلا، إذ الذمة المالية ملازمة للشخصية القانونية وهى تستند دائما عليها .

٢- لا يكون للشخص سوى ذمة مالية واحدة غير قابلة للتجزئة : فالذمة المالية لا تتجزأ ولا تتعدد مثلها في ذلك مثل الشخصية، فهى وحدة واحدة لا تتعدد لدى الشخص الواحد حيث لا يكون له سوى ذمة واحدة.

٣- لا يتصور وجود الذمة المالية مستقلة عن الشخصية ، لأنها تدور معها وجودا وعدما، ولا تنتقل الذمة من شخص إلى

(١) انظر في عرض هذه النتائج بالتفصيل لدى :

- Aubry et Rau : Leçons de droit civil français – T.9- 6e éd-par Esmien – p. 305 et s.

آخر وذلك على الرغم من انتقال حقوق الشخص إلى ورثته، إذ لا تنتقل الذمة إلى الورثة وانما تمتد شخصية المورث وتستمر لدى الورثة .

٤- وأخيرا فإن الذمة المالية لا تسقط بالتقادم، وهى تعتبر وحدة أو مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها ومن ثم لا تقبل التصرف كوحدة قائمة بذاتها وإنما ينصب التصرف على بعض عناصرها التي توجد في وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة ذاتها .

وهذا ناتج من الربط بين الذمة المالية والشخصية، فكما أن الأخيرة يستحيل التنازل عنها أو التصرف فيها فكذلك تكون الذمة المالية .

هذا وقد تعرضت النظرية الشخصية لبعض الإنتقادات منها(١) :

١- أنها قد خلطت بين الذمة المالية والشخصية أو أهلية الوجوب وهذا غير صحيح.

---

(١) راجع في ذلك :
- Ripert, Boulanger et Planiol : Op. Cit – No. 2518- P. 850.

٢- أن ذمة المورث تنتقل إلى ورثته وهذا يتنافى مع القول بعدم قابلية الذمة للانتقال إلى الغير، ولا يصح القول بأن شخصية الوارث تعتبر امتدادا لشخصية المورث، لأن كل منهما يعد شخصا مستقلا في الواقع عن الآخر .

٣- قد توجد للشخص الواحد أكثر من ذمة مالية أى أكثر من مجموعة حقوق والتزامات مالية لها كيانها ونظامها القانوني المستقل وتوجد فعلا تطبيقات لذلك في القانون المصري منها:

أ - أجاز القانون للقاصر الذي بلغ سن السادسة عشرة من عمره التصرف فيما يكسبه من عمله بشرط ألا يتم التصرف ولا يكون له أثر خارج نطاق هذه الأموال التي كسبها(١)، حيث يكون للقاصر ذمتان : ذمة عامة تضم كل حقوقه والتزاماته، وذمة خاصة تقتصر على أموال معينة لا يلتزم إلا في حدودها.

ب - تعتبر السفينة ذمة مالية مستقلة خاصة لمالكها بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمة السفينة وأجرتها(٢)، ففي هذه

---

(١) مادة /٦٣ من قانون الولاية على المال.

(٢) مادة / ٣٠ من القانون البحري المصري.

الحالة أيضا يكون لمالك السفينة ذمتـــان : ذمـــة عامـــة وأخـــرى خاصة[١].

ب) نظرية التخصيص : (الفصل بين الذمة المالية والشخصية) :

ذهب بعض الفقهاء الألمان إلى محاولة هدم النظرية التقليدية أو الشخصية على أساس أنها قـــد خلطـــت بيـــن الذمـــة الماليـــة والشخصية، فرأوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة من الحقـــوق والإلتزامات المالية بسبب ثبوتها لشـــخص معيـــن وإنمـــا بســـبب تخصيصها لغرض معين ذي قيمة جديرة بالحماية، فـــالعبرة فـــي وجود الذمة المالية إذن هى بوجود غرض تتخصص بـــه وليـــس بوجود شخص تستند إليه[٢].

وقد كان هدف دعاة النظرية الاستغناء عن فكرة الشـــخصية الإعتبارية والتي يرونها مجرد افتراض يخالف الواقع، ويؤدي إلى

---

(١) انظر في نقد النظرية الشخصية : د. حسن كيرة : المرجع الســـابق – ص ٥٠٤ وما بعدها، د. اسماعيل غانم : في رسالته السابقة بند ٦٢.

– وعلى صعيد قانون الشركات التجارية نذكر ما يأخذ به القانون الألماني حيـــث يعترف بشركة الشخص الواحد ويأخذ من ثم بمبدأ تعدد الذمم المالية للشـــخص الواحد.

(٢) انظر في هذه النظرية بالتفصيل لدى :

- Saleilles : De la personalité juridique – 2e éd – pp. 477,478.

الاعتراف لمجموعات من الأشخاص كالشركات أو الأموال كالمؤسسات بذمة مالية مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها.

ويترتب على هذه النظرية نتائج مغايرة لتلك التي تترتب على النظرية الشخصية(١)، ومن ذلك أن الذمة المالية يمكن أن توجد حتى في حالة عدم وجود الشخص، فهي توجد حتى ولو لم يوجد الشخص إذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الإلتزامات المالية خاصة بنفس الغرض، وفضلا عن ذلك فإن فكرة الذمة المالية يمكن أن تتعدد بحيث يوجد للشخص أكثر من ذمة مالية واحدة في بعض الأحوال، وأخيرا فإن من نتائج نظرية التخصيص إمكان انتقال الذمة من شخص إلى آخر طالما أنها لا تستند إلى الشخصية، ومن ثم يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها، وتنتقل إلى الورثة.

---

(١) انظر في تلك النتائج : د. حسن كيرة : المرجع السابق : ص ٥٠٣ وما بعدها، د/ رمضان أبو السعود، د/ همام محمد محمود زهران : مبادئ القانون (المدخل للقانون والإلتزامات) - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٨ - ص ٢٥٥ .

نقـــد النظريـــة :

يؤخذ على نظرية التخصيص ما يلي (١)

١-أن الذمة المالية لا يمكن أن توجد في القوانين الحديثـــة إلا إذا استندت إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيـــا أو اعتباريا، فالذمة يجب أن تكون خاصة بشخص معين.

٢-أن فكرة الشخصية الاعتبارية قد أصبحت حقيقة ثابتة في كـــل القوانين الوضعية الحديثة فهى ليست خيالا، وإنماحقيقة تســتمد وجودها من اعتراف القانون بها .

٣-قد يكون في السماح بتعدد الذمم للشخص الواحد خطورة كبيرة على حقوق دائنيه إذا ترك ذلك بغير ضوابط حيـــث يســتطيع المدين أن يقيد حقوق دائنيه على بعض أموالـــه بتخصيصـــها لنشاط اقتصادي مختلف عن ذلك الذي قام حق الدائن بســـببه. ولتلافي مثل هذا الضرر يجب أن يكون فصل الذمم أو تعددهـا من اختصاص المشرع وحده بحيث لا يجوز للشخص أن ينشئ ذمة خاصة إلا في نطاق ضيق وعلى سبيل الإستثناء .

---

(١) انظر في عرض هذه الانتقادات : د. اسماعيل غانم في رسالته سالفة الذكـــر - بند رقم ٥.

أمام هذه الانتقادات يرفض الفقه الحديث الأخذ بنظرية التخصيص ويرجح الأخذ بالنظرية الشخصية من حيث المبدأ أى ارتباط الذمة المالية بشخص معين، مع تلافي عيوب تلك النظرية حيث تصبح الذمة المالية في نظر الفقه الحديث وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية .

ولكن تجب التفرقة بين الذمة المالية والشخصية القانونية، فضلا عن أن القول بوحدة الذمة المالية وعدم قابليتها للتجزئة كما يذهب أنصار النظرية الشخصية، لا يتفق مع قواعد القانون الوضعي الذي يفرد لبعض الأموال في الذمة المالية للشخص نظاما خاصا كالمال الذي يكسبه القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من ناتج عمله والذي يكون له أهلية كاملة في التصرف فيه على خلاف بقية أمواله(١).

---

(١) انظر في ذلك :

د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - ص ٤٧٤ ، ص ٤٧٥، د. حسن كيرة : ص ٥٠٨ ، ص ٥٠٩ ، د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٥٠ وما بعدها .

ولم يعتنق المشرع المصري نظرية التخصيص وإنما انحاز إلى النظرية الشخصية حيث اعترف بفكرة الشخصية المعنوية صراحة، غير أنه قد أخذ ببعض تطبيقات لحالات الذمة الخاصة.

ثالثا : أهمية فكرة الذمة المالية

يترتب على الإرتباط الوثيق بين الجانب الإيجابي والجانب السلبي للذمة المالية أن يصبح الجانب الأول ضامنا للثاني ومسئولا عنه وهو ما يعرف باسم الضمان العام للدائنين، أيضا فإنه يحق للمدين التصرف في عناصر ذمته المالية كقاعدة عامة، وأخيرا فإن الذمة المالية تنتقل إلى الورثة عند الوفاة وسوف نتناول هذه المسائل تباعا كما يلي :

(أ) تمثل الذمة المالية الضمان العام للدائنين :

يؤدي الإرتباط القائم بين جانبي الذمة المالية إلى النظر إليها كوحدة قائمة بذاتها مستقلة عن عناصرها، وهذا يجعل الجانب الإيجابي مسئولا عن الجانب السلبي دون تحديد لمفردات كل منهما، بحيث تكون جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه(١).

---

(١) مادة ١/٢٤٣ مدني . وقديما كان جسم المدين ضامنا للوفاء بديونه فإذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالسداد كان يحق للدائن أن يقبض عليه ليحبسه أو يتخذه عبدا له أو يبيعه ليستوفى حقه من ثمنه، وكان هذا يسمى بالإكراه البدني، وقد تم إلغاؤه ولم يعد له أثر في القوانين الحديثة سوى بعض إستثناءات محدودة.

ويعني ذلك أن حقوق الدائنين لا تقع على مال معين من أموال المدين وإنما على كل أموال المدين الموجودة في ذمته سواء ما كان موجودا منها وقت نشأة الدين أو وجد بعد نشأة الدين، فيتعلق حق الدائنين بالذمة في مجموعها كوحدة مستقلة تيسيرا على المدين نفسه وعلى دائنيه في ذات الوقت .

ويتساوى الدائنون جميعا في الضمان العام كقاعدة عامة، بحيث يقف كل دائن منهم على قدم المساواة مع الآخرين عند استيفاء حقوقهم من أموال المدين(١)، فلا يفضل أحدهم على الآخرين بسبب سبق نشوء دينه أو تاريخ الوفاء به، ولا يكون لأحدهم حق التقدم إلا إذا كان له تأمينا خاصا على مال معين من أموال المدين كحق امتياز أو رهن(٢).

ويترتب على حق الضمان العام للدائنين أنه يجوز لهم اتخاذ الوسائل الكفيلة للمحافظة على أموال المدين محل هذا الضمان، حيث يكون من حق الدائنين رفع الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية بحسب الأحوال للمطالبة بما للمدين لدى الغير أو لمنع المدين من تهريب أمواله من نطاق

---

(١) مادة / ٢/٢٣٤ مدني.

(٢) راجع ما سبق بخصوص الحقوق العينية التبعية.

الضمان العام أو لمنع نفاذ تصرف المدين الذي يضر بهذا الضمان في حق الدائنين أو لإثبات صورية التصرف وبالتالي عدم سريانه في حق الدائنين[١].

ب- تتيح الذمة المالية للمدين التصرف في أمواله بحرية :

يترتب على عدم تعلق حقوق الدائنين بمال معين من أموال المدين أنه يجوز لهذا الأخير أن يتصرف في أمواله بحرية تامة، فله أن يخرج بعض الأموال من ملكيته عن طريق بيعها، وهذا قد يؤثر على حق الضمان العام لدائنيه، ولكن لا يستطيع الدائن أن يمنع المدين من التصرف لأن حق الدائن يتعلق بالذمة المالية للمدين كوحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن العناصر المكونة لها ، وليس بمال معين من أموال المدين، ولكن يشترط ألا يتصرف المدين في أمواله غشا وإضرارا بدائنيه.

---

(١) تنص على الدعوى غير المباشرة المادة ٢٣٥،٢٣٦ من القانون المدني حيث يكون من حق الدائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز وذلك بشروط خاصة بينتها الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥.

- أما المادة ٢٣٧ فقد نصت على دعوى عدم نفاذ التصرف وهي تسمى بالدعوى البوليصية، حيث أجازت للدائن بشروط خاصة أن يطلب منع نفاذ تصرفات المدين الضارة به (المواد من ٢٣٧ - ٢٤٣ مدني).
- وأخيرا نصت المادة ٢٤٤ على دعوى الصورية.

وقد يزيد المدين في أمواله فيستفيد الدائنون من ذلك حيث يزيد وعاء الضمان العام لهم على أموال المدين.

جـ - تمكن الدائن من استيفاء حقه بعد وفاة المدين :

تظل الذمة المالية قائمة بحيث تنتقل إلى الورثة بما لها من حقوق وماعليها من التزامات وقت الوفاة.

وتندمج ذمة المورث في ذمة الوارث بحيث يصبح للأخير ذمتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التي آلت إليه عن طريق الإرث.

وتمتع الوارث بذمتين مستقلتين وهو النظام المقرر في القانون المصري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، يجعل الوارث مسئولا عن ديون التركة في حدود نصيبه منها تطبيقا لقاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون "، ومقتضى ذلك أن ذمة المورث تظل قائمة وتنتقل إلى الوارث والذي يقع عليه الالتزام بسداد ديون التركة وتبقى ذمة المورث قائمة حتى تصفية ديون التركة بحيث إذا تبقى منها شيئا بعد ذلك يؤول إلى الورثة .

أما لو قلنا باندماج ذمة المورث في ذمة الوارث لأصبح الأخير مسئولا عن ديون التركة حتى ولو زادت عن حقوقها، إذ يلتزم الوارث بالسداد من أمواله الخاصة في هذه الحالة.

صفوة القول إذن أن الذمة المالية تلعب دورا كبيرا في مجال الضمان العام للدائنين، وهى تفسر حرية المدين في التصرف في أمواله، وأيضا تمثل سندا لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون وتعتبر تفسيرا له .

الفرع الخامس

" الأهلية La Capacité "

تعريف الأهلية ونوعاها :

الأهلية لغة هى " الصلاحية لأمر معين "، وهى تعني في لغة القانون " الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، والقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية التي يترتب عليها كسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات "(١).

ووفقا لهذا التعريف فإن الأهلية نوعان : أهلية الوجوب la capacité de jouissance وأهلية الأداء La capacité d'exercice وتعني أهلية الوجوب : " صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات "، وهى بهذا المعنى تثبت لكل إنسان في المجتمع، وقد سبق أن أشرنا إلى تطابق أهلية الوجوب مع فكرة

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية – الطبعة الثانية – ١٩٦٩ – ص ٤٣٨.

الشخصية القانونية [١].

أما أهلية الأداء فيقصد بها قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية لحساب نفسه، أو بمعنى آخر قدرته على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وفي ذمته[٢]. فأهلية الأداء إذن هى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا تترتب عليه آثاره القانونية [٣].

وتوافر أهلية الأداء لدى الشخص يفترض توافر أهلية الوجوب لديه، حيث لا يتصور أن يكون الشخص صالحا لابرام تصرف قانوني معين، إلا إذا كانت لديه الصلاحية لكسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات الناشئة عن مثل هذا التصرف.

---

(١) وعكس ذلك انظر : د. حسام الدين كامل الأهواني : أصول القانون – القاهرة ١٩٨٨ – ص ٤٠٥ : حيث يرى أن الشخصية القانونية تتعلق بصلاحية الشخص لأن يكون مخاطبا بالقاعدة القانونية، أما أهلية الوجوب فإنها تتعلق بتحديد مدى الحقوق أو الالتزامات التي يصلح الشخص لاكتسابها أو تحملها .

(٢) د. حسن كيرة : المدخل إلى القانون – الطبعة الخامسة – منشأة المعارف بالإسكندرية – ص ٥٧٢.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٣٩.

غير أن توافر أهلية الوجوب لا يعني بالضرورة توافر أهلية الأداء، فقد يكون الشخص صالحـا لكسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات ومع ذلك لا تكون لديه القدرة على إبـرام التصـرف القانوني الذي تتولد عنه هذه الحقوق أو تلك الالتزامات[١].

وقد تكون أهلية الوجوب كاملة حيث يكون الشخص صالحـا لكسب كل الحقوق والتحمل بكل الالتزامات القانونية، كما يمكن أن يكون لدى الشخص أهلية وجوب ناقصة بحيث يمتنع عليه قانونـا كسب بعض الحقوق، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المـادة ٤٧١ من التقنين المدني المصري من منع القضاة وأعضاء النيابة العامـة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحق المتنازع فيه كله أو بعضه سواء بأسمائهم أو باسم مستعار إذا كان النظـر فـي النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالـهم فـي دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا ، فأهليةوجوب من ذكرهـم النـص ناقصة بالنسبة لهذا النوع من التصرفات[٢].

---

(١) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني - جـ١ - المدخل للعلـوم القانونية - الطبعة السادسة ١٩٨٧ - بند ٣١٣ - ص ٧٥٣، ص ٧٥٤.

(٢) ولا يؤثر ذلك في القول بتطابق أهلية الوجوب مع الشخصية القانونية لأن فـي كليهما يكون الشخص صالحا من حيث المبدأ لاكتسـاب الحقـوق أو التحمـل بالالتزامات وإن إختلف مداها.

وتنصب دراستنا أساسا على أهلية الأداء، وقبل أن نتعـوض لأحكامها القانونية نرى ضرورة إلقاء الضوء على بعــض النقــاط الأولية الخاصة بأهلية الأداء وأهمها :

• **نطـــاق أهلية الأداء :**

تقتصر أهلية الأداء على التصرفات القانونية فقط كـــالعقود، دون الأعمال المادية، ويرجع ذلك إلى أن أهليـــة الأداء جوهرهـــا الإرادة، وهذه الأخيرة لازمة لإبرام التصرف القانوني، ومـــن ثـــم يمكن القول بقصر مجال أهلية الأداء على التصرفات القانونية .

أما الأعمال المادية فهي كل حدث مادي يرتب عليه القانون أثرا قانونيا[(١)]، فلا يعتد القانون بإرادة الشخص في خصوص هـــذه الأعمال بل يرتب عليها آثارا معينة حتى ولو لم يرد الشـــخص أن تترتب عليها هذه الآثار[(٢)]. ومن أمثلة الأعمال المادية الفعل الضار

---

(١) د. نعمان محمد خليل جمعة : دروس في المدخل للعلوم القانونية المرجع السابق ص ٣٨٠ ، ص ٣٨١.

(٢) ولا يعني ذلك انعدم الإرادة الانسانية تماما في مجال العمل المادي إذ قد توجـــد وتحرك الوقائع المادية مثل الفعل الضار العمدي كمن يقتل آخر قـــاصدا ذلـــك، فهنا تتوافر إرادة إحداث الضرر، غير أن هذه الإرادة غير تلك اللازمـــة لنشـــاة التصرف القانوني حيث يعتد القانون بإرادة الأفراد ويرتب عليها اثارا قانونيـــة، فالتصرف من فعل الإرادة ويجد مصدره فيها، أما في حالة العمل المـــادي فـــإن القانون يرتب الآثار مباشرة دون اعتداد بالإرادة والتي تتمثل في إرادة إحـــداث الضرر وليست إرادة الآثار القانونية : راجع في ذلك : –د. نعمان جمعة : نفس الإشارة .

الذي يلزم القانون من ارتكبه بالتعويض .

• **أهلية الأداء والولايـــة :**

الولاية تعني صلاحية الشخص لإبرام التصرفات لحســـاب ولمصلحة شخص آخر، ومثالها ولاية الأب على الابـــن وولايـــة الوصى على القاصر حيث يقـــوم الولـــى أوالوصـــى بالأعمـــال والتصرفات لحساب ولمصلحة الابن أو القاصر.

وعلى هذا فإن الولاية تختلف عن أهلية الأداء والتي هـــى صلاحية الشخص لابرام التصرفات لحسابه ولمصلحته الشـــخصية وليس لحساب ومصلحة الغير .

• **مناط أهلية الأداء :**

نقدم أن أهلية الأداء ترتبط بالإرادة والتي هى قوام التصرف القانوني، وبما أن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا كانت حرة واعيـــة ومدركة، فإن أهلية الأداء مناطها أو أساسها الإدراك والتمييز. فـإذا لم يكن الشخص مدركا للتصرف الذي يقوم بـــه ومقـــدرا للآثـــار المترتبة عليه، فإنه لا يكون أهلا لإبرام مثل هذا التصرف.

ذلك لأن الإرادة عبارة عن قرار يصدر من شخص أمامـــه عدة خيارات وذلك بعد القيام بعملية ذهنية أى بعد التفكير والتروي،

بحيث يختار الشخص بعد ذلك قبول أو رفض أمر معين، ويعبر عن ذلك بالقول أو الإشارة أو الكتابة أو باتخاذ موقف معين[1].

وبناء عليه فإنه لابد وأن يكون لدى الشخص حدا أدنى من التمييز والإدراك حتى تكون لديه إرادة يعتد بها القانون، وهذا التمييز وذاك الإدراك يتوافر كقاعدة عامة لدى كل الناس وقد متعهم الله بنعمة العقل. إلا أن التمييز أو الإدراك يتأثر بسن الشخص وما قد يطرأ عليه من عوارض ، فمن كان صغيرا لم تكتمل قواه العقلية لا يتوافر لديه الإدراك والتمييز المطلوبين، وكذا من أصيب بمرض عقلي أو أصبحت قواه وملكاته الذهنية غير سوية.

ولما كان ذلك فإن الأهلية تتأثر بالسن، وببعض العوارض التي تلحق بالشخص في أطوار حياته المختلفة .

وقبل أن نوضح أحكام الأهلية، تجدر الإشارة إلى أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها وكل اتفاق من هذا النوع يقع باطلا بطلانا مطلقا. وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدني على ذلك بقولها: " **ليس لأحد**

---

(١) د. نعمان جمعة : المرجع السابق - ص ٣٨٢.

النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها[١].

أيضا ننوه إلى أن أحكام الأهلية تدخل تحت مسائل الأحوال الشخصية وقد نصت المادة ١١ من القانون المدني على سريان قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته فيما يتعلق بمسائل الأهلية .

ورغم ارتباط أحكام الأهلية بمسائل الأحوال الشخصية إلا أن المشرع المصري قد وحد بعضها وقضى بسريانها على المصريين جميعا أيا كانت ديانتهم ومثال ذلك تعيين سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية[٢].

---

(١) وقد ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعليقا على نص المادة ٨٠ المقابلة للمادة ٤٨ ما يلي : " **حمى المشروع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء، فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لا تجوز مخالفتها أو تعديلها** " راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جـ ١ - ص ٣٦٣.

(٢) وقد تم هذا التوحيد في قانون المجالس الحسبية الذي صدر سنة ١٩٥٢ وفي قانون المحاكم الحسبية سنة ١٩٤٧ ، ثم في القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال، وفضلا عن ذلك فإن التقنين المدني قد تضمن بعضا من أحكام الأهلية استمده من الشريعة الإسلامية وجعله يسري على كل المصريين.

• **تقسيـــم :**

يقتضي إيضاح أحكام الأهلية أن نتعرض أولا لمسألة تدرج الأهلية بتدرج السن، ثم نتطرق لدراسة عوارض الأهلية وموانعها ، وأخيرا نبين أحكام الولاية على المال.

البنـــــد الأول

" تدرج أهلية الأداء بتدرج الســن

لما كان مناط أهلية الأداء كمال التمييز، وكان هذا الأخـير يتدرج بتدرج سن الإنسان، فإنه يمكن القول أن أهلية الأداء يختلف مداها بحسب السن الذي بلغه الشخص، وفي عبارةأخرى تتـدرج أهلية الأداء بتدرج السن[١].

فمن الحقائق العلمية أن الطفل عندما يولد لا يكون لديه من الملكات والقدرات العقلية والذهنية ما يسمح له بتمييز وإدراك الأمور المحيطة به، وكلما زاد سنه كلما نمت قواه العقلية وبدأ يدرك الأمور ويميز بينها، وكلما تقدم سن الإنسان زاد إدراكه وتمييزه. وقد افترض المشرع أن الشخص يتمتع بإدراك وتمييز كاملين إذ بلغ سن الواحدة والعشرين من عمره .

---

(١) وذلك على عكس أهلية الوجوب التي تثبت لكل شخص بمجرد ميلاده كقاعدة عامة.

وبناءا عليه ، أمكن تقسيم عمر الإنسان إلى ثلاثة مراحل وهي[١] :

١- **من الميلاد إلى ما قبل سن السابعة :** ويسمى الشخص في هذه المرحلة " عديم التمييز " أو " عديم الأهلية " أو الصبي غير المميز".

٢- **من السابعة إلى ما قبل الواحدة والعشرين ولو بأيام قلائل:** ويطلق على الشخص في هذه المرحلة " الصبي المميز " أو " ناقص الأهلية " أو القاصر " .

٣- **من سن الواحدة والعشرين حتى الوفاة :** وهنا يكون الشخص " كامل الأهلية ويسمى " البالغ الرشيد" حيث يتمتع بكمال الإدراك والتمييز كقاعدة عامة إلا إذا طرأ عارض من عوارض الأهلية .

---

(١) ويضيف أستاذنا الدكتور سليمان مرقس مرحلة رابعة تتعلق بالجنين أى مرحلة ما قبل الولادة حيث لا يكون للجنين فيها أهلية أداء مطلقا بل يوقف ماله تحت يد أمين، ويعين له وصيا يباشر حقوقه ويتولى إدارة أمواله .

- غير أنه نظرا لإنعدم شخصية الجنين في نظر القانون إلى أن يولد حيا فقد استبعدنا هذه المرحلة السابقة على الميلاد.

وسوف نعرض فيما يلي لكل مرحلة من هذه المراحل ، مع توضيح أهلية أداء الشخص خلال تلك المراحل الثلاث :

أولا : مرحلة انعدام الأهلية : " الصبي غير المميز :

لا تتوافر أهلية الأداء للطفل الذي لم يبلغ بعد سن السابعة، حيث يعتبر هذا الشخص فاقدا للتمييز. وقد نصت على ذلك المادة / ٤٥ من التقنين المدني المصري بقولها :

١- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن.

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز[١].

---

(١) ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقا على أحكام الأهلية ما يلي : " سن المشروع المبادئ الرئيسية في الأهلية باعتبار أن أهلية الأداء هى إحدى خاصيات الشخص الطبيعي. واقتصر على أن يشير إشارة سريعة إلى الأدوار التي يمر بها الإنسان، فهو إلى السابعة فاقد التمييز فيكون معدوم الأهلية. وهو من السابعة إلى الثامنة عشرة ناقص التمييز فتكون له أهلية ناقصة، ومن الثامنة عشر إلى الواحدة والعشرين يتسع تمييزه فتتسع أهليته. حتى إذا بلغ سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة كما هو القانون الحالي متمتعا بقواه العقلية استكمل التمييز إذا لم يصب بعاهة في عقله الغفلة والبله والسفه والعته والجنون فيفقد التمييز ويفقد معه الأهلية، ويتبين من ذلك أن الأهلية تتمشى مع التمييز توجد بوجوده وتنعدم بانعدامه . انظر : مجموعة لأعمال التحضرية - جـ١ - ص ٣٥٥، ص ٣٥٦.

ويتضح من ذلك أن المشرع قد اعتبر كل من لم يبلغ السابعة فاقدا التمييز ومن ثم تنعدم أهلية الأداء لديه ولا يكون له حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر حيث لا تتوافر لديه أية إرادة تؤهله لإبرام التصرفات القانونية حتى ولو كانت نافعة له كقبول الهبة .

وقد نصت المادة ١١٠ من التقنين المدني على ذلك بقولها :

" **ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله. وتكون جميع تصرفاته باطلة** ".

فإذا حدث وأبرم الصبي غير المميز أو عديم التمييز أى تصرف قانوني، كان هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا بحيث يكون لكل ذي مصلحة – سواء كان الصغير نفسه بعد اكتمال أهليته أو من تعاقد مع الصغير غير المميز أو الولي أو الوصي – التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتمسك به صاحب الشأن، ولايصحح التصرف الباطل أية أجازة لاحقة من الصغير نفسه أو وليه أو وصيه[١].

وبالمثل فإن الوفاء الحاصل للصبي غير المميز من مدينه لا

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٧٧ ، ص ٥٧٨ .

يكون صحيحاً[١]. وهنا يبرز دور النائب القانوني كما سيأتي لاحقاً.

ثانياً : مرحلة نقص الأهلية " الصبي المميز – القاصر " :

تقع هذه المرحلة فيما بين سن السابعة والحادية والعشرين، حيث لا تكون أهلية الشخص منعدمة كلية أو مكتملة تماماً وإنما تكون في مركز وسط بين الانعدام والكمال، ويطلق على الشخص في هذه المرحلة تعبير " الصبي المميز أو القاصر أو ناقص الأهلية".

وقد نصت المادة ٤٦ من التقنين المدني على أن : " **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ...... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" .**

---

(١) وتطبيقا لذلك يرى الفقه أن تسليم الشيئ المبيع إلى الصبي غير المميز من البائع لا يكون صحيحا ، ومن ثم فإنه إذا هلك المبيع تحت يد الصبي غير المميز كانت تبعة الهلاك على البائع وكأنه لم يسلم المبيع بعد : راجع في ذلك : د. مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – ص ٧٥٤.

- وقد انقسم الفقهاء حول ملكية الطفل غير المميز لما يقع تحت يده ويعثر عليه من المباحات أو الكنز : فذهب البعض إلى أن الطفل لا يتملك شيئا من ذلك، واعترف البعض الآخر بملكية الطفل في هذه الحالة لأن سبب كسب الملكية هنا هو الاستيلاء والذي لا يشترط لتمامه نية التملك أو قصد معين ولهذا يصح إذا وقع من الصغير غير المميز على مال مباح : في تفصيلات هذا الموضوع انظر : الأستاذ الشيخ على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية – ص ٨٠ ، د. مصطفى الزرقا : المرجع السابق – ص ٧٤٧.

وعلى الرغم من توافر التمييز لدى الشـــخص فـــي هـــذه المرحلة إلا أنه غير كامل، ومن ثم فإن الشـــخص يكـــون نـــاقص الأهلية نظرا لنقص التمييز لديه، إذ التمييز مناط الأهلية ومعيارها.

حكم تصرفات الصبي المميز " ناقص الأهلية – القاصر " :

قسم المشرع التصرفات بالنسبة لأثرها إلى ثلاثة أقسام، ثـــم بين حكم تصرفات ناقص الأهلية بحسب نوع التصـــــرف، ولكـــن المشرع أورد بعض الإستثناءات على هذه القاعدة.

لهذا فإننا نعرض لحكم تصرفات الصبـــي الممـــيز طبقـــا للقواعد العامة، ثم نبين الإستثناءات التشريعية على تلك القواعد كما يلي :

(أ) حكم تصرفات الصبي المميز طبقا للقواعد العامة :

إذا قام الصبي المميز – وهو من بلغ سن السابعة ولم يبلـــغ سن الحادية والعشرين بعد – بإبرام تصرف قانوني معين فما هـــو حكم هذا التصرف ؟

لقد ميز المشرع في شأن تصرفات الصبي المميز بين ثلاثة أنواع، إذ تقضي المادة ١١١ من التقنين المدني بأنه :

١- إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متـــى كانت نافعة نفعـــا محضا ، وباطلة متـــى كانت ضارة ضررا

محضاً".

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون .

وهكذا يختلف حكم تصرف الصبي المميز باختلاف نوع التصرف كالآتي :

١- **التصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً :** ويقصد بها التصرفات التي يثري من يباشرها دون أن يدفع مقابلاً(١)، فهي تصرفات تتمحض عن نفع كامل للقاصر بحيث يترتب عليها ثبوت الحقوق له دون أن يتحمل بأى التزام في مقابل ذلك.

ومن أمثلتها قبول الهبات والوصايا وما يشترط لصالح الصبي من أموال طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

فإذا باشر الصبي المميز أي تصرف من هذه التصرفات،

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، د. محمد رفعت الصباحي : أصول القانون – مكتبة عين شمس – ١٩٩٠ – ص ٢٢٦.

كان تصرفه صحيحا ونافذا . إذ أن له أهلية أداء كاملة بخصوص التصرفات النافعة نفعا محضا له وتسمى " أهلية الإغتناء " في هذه الحالة، فله أن يقبل الهبة أو الوصية أو أن يكون مستفيدا من اشتراط تم لصالحه طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١١١ ، بشرط ألا يترتب على ذلك تحميله بأى التزام أيا كان نوعه .

٢- **التصرفات المالية الضارة ضررا محضا :** وهي تلك التصرفات التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلا(١) ، وبالتالي تتمخض عن ضرر محقق للقاصر حيث تحمله بالإلتزامات ولا تكسبه الحقوق. ومثال ذلك أن يهب القاصر ماله للغير دون مقابل، أو أن يبرئ مدينه دون مقابل .

مثل هذه التصرفات إذا وقعت من القاصر تكون باطلة بطلانا مطلقا (٢) ، لأن القاصر لا تكون له أهلية ابرامها، ومن ثم جاز لكل ذي مصلحة طلب الحكم بالإبطال، كما يكون للقاضي أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك.

٣- **التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر :** وهي التي تحتمل الكسب والخسارة، فليست بضارة ضررا محضا ولا

---

(١) د. الصدة ، د. الصباحي : المرجع السابق – نفس الصفحة.

(٢) مادة ١/١١١ مدني .

نافعة نفعا محضا وإنما تدور بين النفع والضرر، حيث يحصل كل من الطرفين على مقابل لما أعطى، ومثالها عقد البيع، وعقد التأمين.

والعبرة بطبيعة التصرف وليس بنتيجته[١]، فالبيع مثلا يعد تصرفا دائرا بين النفع والضرر حتى ولو تولد عنه كسبا للقاصر أو أضر به ضررا محضا .

وحكم هذه التصرفات هو أنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز نفسه[٢] . أى أن هذه التصرفات تكون صحيحة في الأصل ولكن يمكن للصبي المميز طلب إبطالها بعد بلوغه سن الرشد، كما يمكن للولى أو الوصى أن يطلب الإبطال نيابة عن الصبي المميز[٣] ، كما يجوز للصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد

---

(١) د. على حسين نجيدة : المرجع السابق – ص ١٥٣.

(٢) مادة ٢/١١١ مدني .

(٣) وإذا قضى بإبطال التصرف اعتبر كأن لم يكن ، ويترتب على ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إذا كان ذلك ممكنا، وإلا جاز للمحكمة أن تقضي بتعويض عادل، غير أنه خروجا على هذا الأصل العام لا يلتزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، تطبيقا لنص المادة ١٤٢ من التقنين المدني، أى أن ناقص الأهلية لا يلتزم بأكثر من ذلك إلا إذا كان قد أخفى نقص أهليته بطرق احتيالية / م ١١٩ مدني).

- وهذا الحكم في رأينا محل نظر، ذلك لأنه قد يشجع القاصر على تبديد الأموال فيما لا يفيد كشرب الخمر ولعب القمار، فضلا عن أنه يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل .

أو الولى أو الوصى إجازة التصرف فتتأكد صحته نهائيا ولا يقضي ببطلانه بعد ذلك[١].

(ب) الإستثناءات التشريعية الواردة على حكم تصرفات ناقص الأهلية :

إذا كان ما تقدم هو حكم القواعد العامة بخصوص تصرفات الصبي المميز، إلا أن المشرع قد أورد بعض الإستثناءات اعترف فيها بأهلية أداء الصبي المميز، حيث أجاز له القيام ببعض التصرفات في حالات محددة على سبيل الحصر، وتشمل هذه الإستثناءات ما يلي :

١- أهلية القاصر في التصرف في الأموال المخصصة لنفقته :

طبقا لنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال فإن للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط.

ومقتضى ذلك الإعتراف للصبي المميز بأهلية أداء كاملة

---

(١) ويسقط حق القاصر في طلب الإبطال إذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من بلوغه سن الرشد.

فيما يتعلق بالأموال المخصصة لنفقته سواء تلك التـــي تســلمها أو التي وضعت تحت تصرفه. فيستطيع أن يشتري ما يحتاج إليه مــن غذاء وكساء وما يلزم لدراسته إذا كان تلميذا[١].

والهدف من هذا الإستثناء هو التوفيق بين القواعد العامـــة التي تقضي بقابلية تصرفـات نـاقص الأهليـة للبطـلان، وبيـن الضرورات العملية التي تجعل ناقص الأهلية مسلطا بحكم الواقـــع على مال يتعامل معه الناس في حدوده وكلهم مطمئن إلى ســـلامة هذا التعامل [٢].

ويشترط لسريان هذا الاستثناء وصحة التصرف ما يلي :

أ – أن يكون المال محل التصرف قد تم تسليمه للقـــاصر أو تـــم وضعه تحت تصرفه، بحيث يكون في حوزته ويرجع في تحديد هذا المال إلى ما جرت به العادة من الإعتـــداد بظـروف الأشـــخاص وبيئتهم الإجتماعية[٣] .

ب – أن يكون المال مخصصا لأغراض نفقة القاصر وليـــس لأى غرض آخر.

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٤٤.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٣) نفس الإشارة .

جـ- أن يتم التصرف في حدود المال المخصص للنفقة فقط، حيث اعترف المشرع للقاصر بذمة خاصة بأغراض نفقته بجانب ذمته العامة، ومؤدى ذلك أن التزامات وديون القاصر المتعلقة بأغراض نفقته لا تكون مضمونة إلا في حدود المال المخصص للنفقة فقط دون باقي أموال القاصر[١] .

٢- أهلية القاصر في إبرام عقد العمل الفردي :

طبقا لنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال فإنه يجوز للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون.

ورغم عموم النص إلا أن الفقه يتفق على قصر حكمه على القاصر باعتباره عاملا لا باعتباره صاحب عمل، ذلك لأن استخدام القاصر للعمال يقتضي منه أهلية إدارة أمواله أو جزء منها ولا تتوافر لديه هذه الأهلية قبل السادسة عشر[٢].

ويكفي بلوغ سن السابعة لإبرام عقد العمل طبقا لنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال، على حين يشترط بلوغ الصبي سن الثانية عشر لكي يبرم عقد عمل باعتباره عاملا وذلك طبقا

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٨٠.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : ص ٤٤٥ ، د. حسن كيرة : نفس الإشارة ، وفي هذا المعنى : د. محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق – ص ١٤٥.

لقانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ والمعدل بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧ ، وقد ذهب بعض الفقه إلى أن السن المحدد في قانون العمل لا يطبق إلا بشأن العمال الخاضعين لقانون العمل، أما باقي العمال وهم خدم المنازل ومن في حكمهم من أفراد أسرة صاحب العمل فإن سن العمل بالنسبة لهم يظل سبع سنوات[١].

وينادي هؤلاء الفقهاء بضرورة تدخل المشرع لرفع سن تشغيل العمال أو سن أهلية العامل اللازمة لابرام عقد العمل إلى سن الثانية عشرة أسوة بما هو وارد في قانون العمل[٢].

هذا وقد أجاز المشرع للمحكمة بناء على طلب ذوي الشأن – كالولي – إنهاء عقد العمل رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أومصلحة أخرى ظاهرة[٣].

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني : المرجع السابق – ص٥١٧، ويؤيد الأستاذ الدكتور محمد حسام لطفي هذا الرأي : انظر مؤلفه السابق – ص ١٤٦.

(٢) د. الأهواني : ص ٥١٧ ، د. حسام لطفي : هامش ١١٩ – ص ١٤٦ ، ص ١٤٧ .

ونرى ضرورة تدخل المشرع لتعديل نص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ حماية للأطفال الصغار من مشقة العمل وتحمل المسئولية والتعرض لمصاعب كثيرة يحرمون معها من الاستمتاع بطفولتهم ، لذا يجب رفع سن العمل إلى ١٢ سنة .

(٣) مادة / ٦٢ من قانون الولاية على المال .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٦٢ أمثلة على حالات تتوافر فيها مصلحة القاصر وهي : إذا كان القاصر مريضاً، أو كان في استعداده ما ينبئ بمستقبل أفضل فيما لو انصرف إلى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون ، وأخيراً إذا كانت أمام القاصر فرصة أفضل ليحسن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى. وإذا ما أنهت المحكمة عقد العمل فإن آثار هذا الانتهاء لا تنسحب على الماضي بل تقتصر على المستقبل فقط(١).

٣- أهلية القاصر البالغ السادسة عشر في التصرف في كسب عمله :

تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال على أن : " **يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أوغيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته** ".

وتطبيقاً لذلك يجوز للقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف في الأجر أوالمرتب الذي يحصل عليه من عمله، ويكون تصرفه هذا صحيحا دون توقف على إجازة أحد، وذلك تقديرا من المشرع لمكانة العمل وحثا للأفراد على بذل

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٨١.

الجهد. وإيثارا للعاملين بمزايا مما ينطوي على معنى التشجيع والمكافأة[١].

غير أن مراعاة مصلحة القاصر قد اقتضت أن يقتصر أثر التزاماته في هذا الشأن على حدود كسبه، وبهذا جعل المشرع للقاصر ذمة تخصيص أو ذمة خاصة بكسبه بجانب ذمته العامة[٢]، حيث لا تمتد التزامات القاصر المتعلقة بالأموال التي يكتسبها من عمله إلى باقي أمواله بل تقتصر على الأموال الناشئة عن العمل فقط.

بل إنه حتى بالنسبة للأموال الناتجة عن العمل، فإن المشرع قد أجاز للمحكمة أن تقيد حق القاصر في التصرف في هذه الأموال، إذا اقتضت مصلحة القاصر هذا التقييد، كأن يثبت قصور تجربة القاصر وقلة درايته بأمور التصرف والإدارة، أو أن يكون لديه ميلا للإسراف أو أن يكون كسب العمل من الضخامة بحيث يغري بالإنسياق وراء التوسع في الإنفاق كما لو كان يحصل على

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٢) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٨١.

دخل من استغلال مواهبه في الأفلام[١]. ففي مثل هـــذه الحـــالات وغيرها مما يدخل في عموم مصلحة القاصر يجوز للمحكمـــــة أن تقيد حقه في التصرف في كسب عمله، وعندئذ تطبق أحكام الولاية والوصاية [٢] .

٤- أهلية القاصر المأذون بالإدارة :

أجاز المشرع في قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لســـنة ١٩٥٢ الإذن للصبي الذي بلغ الثامنة عشرة مـــن عمـــره، بتســـلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها [٣].

ويصدر هذا الإذن من الولى أى من الأب أو الجـــــد عنـــد غياب الأب، ولا بد أن يصدر الإذن بإشهاد أمام الموثـــق لإعـــلام الناس أن القاصر قـــد اكتسب أهليـــة الإدارة في حدود ما صدر به

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢.
(٢) مادة ٢/٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.
- هذا ويذهب البعض إلى أن نص المادة ٦٣ من قانون الولاية علـــى المـــال والذي يعطي للقاضي سلطة جوازية في إخضاع أموال القاصر من كسب العمـــل للولاية أو الوصاية على المال، قد نسخ بموجب المادة ١٥٠ من قـــانون العمـــل التي تلزم صاحب العمل بأن يسلم إلى القاصر نفسه أجره أو مكافأته وغير ذلـــك مما يستحقه، ويكون هذا التسليم مبرئا لذمة رب العمل، لأنه من غير المنطقي - في نظر أصحاب هذا الرأي - أن يقتصر تطبيق قانون العمل على الأجر النـــاتج من عقد عمل خاضع لقانون العمل : د : حسام الدين الأهواني : المرجع الســـابق ص ٥١٩ ، ص ٥٢٠.
(٣) المادتان ٥٤ ، ٥٥ .

الإذن. كما يجوز للمحكمة فى حالة عدم وجود ولى للصبي أن تأذن له بتسلم امواله كلها أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى[(١)].

والهدف من ذلك توفير الضمانات للمتعاملين مع الصبي، بل وللصبي نفسه .

ويجوز للمحكمة أن تمنح الإذن بالإدارة أوأن ترفض منحه، وإذا ما قضت بالرفض فلا يجوز تحديد طلب الإذن قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض[(٢)].

ومن ناحية أخرى فإنه يجوز للقاضي أو للولى سحب الإذن بعد صدوره إذا ما ثبت تقصير الصبي في إدارة أمواله أو إهماله في تقديم حساب سنوي عن إدارته أو في حالة قيام أسباب يخشى معها ترك الأموال تحت يده[(٣)].

وإذا صدر الإذن بالإدارة، كان للقاصر أهلية الإدارة في حدود الأموال التي أجيز له ادارتها، وتكون أعمال الإدارة الصادرة

---

(١) المادتان ٥٤ ، ٥٥ من قانون الولاية على المال.

(٢) مادة ٥٥.

(٣) هذا مع مراعاة شهر الإشهار الصادر بسلب الإذن أو الحد منه طبقاً للمادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات .

منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون(١). وتختلف أهلية الإدارة عن أهلية التصرف في أن الأولى لا تمس رأس المال وانما تنصب على الدخل فقط، كما أن أعمال التصرف تمس العناصر الأساسية للذمة المالية للشخص مباشرة بعكس أعمال الإدارة والتي لا تمس سوى العناصر الثانوية للذمة المالية(٢).

وبناء عليه يجوز للقاصر أن يقوم بأعمال الصيانة الضرورية اللازمة لحفظ الأموال المسلمة إليه، كما يجوز له القيام بتأجير ما سلم إليه، أو القيام بالأعمال اللازمة لزراعة أرضه كبيع الحاصلات الزراعية وشراء الأسمدة وغيرها مما يلزم

---

(١) مادة ١١٢ من التقنين المدني .

(٢) د. حسام الدين الأهواني : المرجع السابق - بند ٥٦٩ - ص ٥٠٤

- وانظر في التفرقة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة والمعايير التي قيل بها : رسالة الزميل الأستاذ الدكتور / محمد السعيد رشدي : " أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص - والتي قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس - سنة ١٩٨٣.
- وتجدر الإشارة إلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال قد أوضحت أن كل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أوعلى ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف، وما عدا ذلك يعتبر من اعمال الإدارة ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك.

للزراعة[١]. وله أيضاً أن يفي أو أن يستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال[٢].

بيد أنه حرصاً على مصلحة القاصر وصوناً له، فقد منعه المشرع بنصوص صريحة من القيام ببعض الأعمال التي تدخل في نطاق أعمال الإدارة وهي :

أ - لا يجوز للقاصر اجارة الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة طبقا لما تقضي به المادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢. وتبدو أهمية هذا القيد في مجال إيجار المساكن لا سيما بعد تحرير العلاقة الإيجارية وخضوع جميع عقود الإيجار التي تبرم بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ لأحكام القانون المدني .

وكذلك تبدو أهمية النص في مجال تأجير الأراضي الزراعية واضحة الآن خاصة بعد صدور القانون رقم ٩٦ سنة ١٩٩٢ والذي قضى بعدم امتداد عقد الإيجار الزراعي الذي يبرم بعد صدوره ، ومن ثم فإن الأمر يترك لحرية المؤجر والمستأجر

---

(١) د. أحمد سلامة : دروس في المدخل لدراسة القانون (مخصص لطلاب كلية التجارة) مكتبة عين شمس - ص ١٦٧.

(٢) د. سليمان مرقس : المرجع السابق - ص ٧٦٥.

ويتصور أن تزيد مدة الإيجار عن سنة، وهنا يأتي دور نص المادة ٥٦ حيث يمتنع على القاصر أن يؤجر الأراضي الزراعيـــة التـــي سلمت إليه وأذن له بإدارتها لمدة تزيد على سنة(١).

ب - لا يجوز للقاصر أن يفى بالديون المترتبة على غـــير أعمـــال الإدارةالمصرح له بها حتى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفـــاذ أو أى سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو الوصى فـــي حدود سلطاته (٢).

---

(١) للمزيد من التفصيل حول أحكام عقد الايجار الزراعي طبقا للقانون الجديد (رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢) انظر مؤلفنا : الوسيط في القانون الزراعي (الحد الأقصـــى للملكية الزراعية - أحكام الايجار الزراعي في ضوء القـــانون رقـــم ٩٦ لســـنة ١٩٩٢) - الطبعة الأولى - دار النهضة العربيـــة - بنىســـويف - ١٩٩٣/٩٢ ص ٢٢٤ وما بعدها .

- وتجدر الإشارة إلى أنه في ظل المادة ٣٥ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لســـنة ١٩٥٢ كان لا يجوز تأجير الأراضي الزراعية لمدة تقل عن ثـــلاث ســـنوات، ولذا فإنه كان يمتنع على القاصر تأجير الأراضي الزراعية أما في ظل القـــانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ فإنه يجوز تأجير الأرض لمدة سنة أو أكثر، وهنا تبرز أهميـــة نص المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال .

(٢) مادة ٥٦.

جـ- لا يجوز للقاصر التصرف في دخله الناتج عن إدارة الأموال التي تسلمها، إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانونا (١).

وفضلا عن ذلك لا يجوز للقاصر ممارسة التجارة إلا بإذن قضائي وفي حدود هذا الإذن، وسواء كان القاصر مشمولا بالولاية أو بالوصاية(٢).

وفي كل الأحوال يجب على القاصر تقديم كشف حساب سنوي عن إدارته وإلا جاز للمحكمة سحب الإذن بالإدارة أو تقييده، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخل القاصر في خزانة المحكمة أو أحد المصارف ويمتنع بالتالي على القاصر أن يسحب منه إلا بإذن المحكمة(٣).

---

(١) نفس المادة، وبديهي أن الدخل المقصود هنا ليس هو دخل القاصر من عمله حيث سبق وأن بينا جواز تصرف القاصر الذي بلغ السادسة عشرة في دخل عمله دون أي قيد يذكر على سلطته في هذا التصرف.

(٢) مادة ٥٧. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية أن " **مجرد الإذن بالإدارة لا ينطوي على ترخيص بالإتجار لأن مزاولة التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة، فضلا عن أنها تستتبع مسئوليات جسيمة قد تودي بالمال بأسره** ".

(٣) مادة ٥٨. ويرى البعض أن سلطة المحكمة في إيداع المتوفر من دخل القاصر خزانة المحكمة أو أحد المصارف وقد تقررت لها بمناسبة نظرها في الحساب السنوي، فإنها تكون مقصورة على حالة الوصاية على مال القاصر دون حالة الولاية، لأن الحساب السنوي لا يقدم للمحكمة في حالة وجود الولي : د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - هامش ٤ - ص ٤٤٧.

٥ -أهلية القاصر في الإيصـــاء :

على الرغم من أن الوصيــــة مــن التصرفــات الضـــارة بالموصي ضررا ماليا محضا لأنها تصرف بلا مقابل، ومقتضـــى القواعد العامة بطلانها بطلانا مطلقا إذا صدرت من القاصر، إلا أن قانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ قد أجاز للقاصر البالغ الثامنـــة عشرة أن يوصي بماله للغير بشرط حصوله على إذن من المحكمة بذلك(١).

وإجازة وصية القاصر قد روعى فيها أن الوصية تصـــرف مضاف إلى ما بعد الموت ويجوز للقاصر الرجوع فيها، فضلا عن أنها مشروطة دائما بإذن المحكمة وموافقتها، فإذا أجراها القـــاصر دون الحصول على إذن المحكمة كانت باطلة بطلانا نسبيا، حيـــث تعتبر وصية القاصر - خلافا لطبيعة الوصية - في حكم التصرفـات الدائرة بين النفع والضرر(٢).ولذا يجوز للولى أو الوصى أو القاصر

---

(١) المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(٢) د. حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٥٨٣ .

- وينظر فقهاء الشافعية إلى الوصية على أنها عملا نافعا محضا للوصـــى، لما ينتظره من الثواب في الآخرة : انظر في ذلك : د. جلال ابراهيم : مذكرات في نظرية الحق - دروس على الآلةالكاتبة لطلاب كلية الحقوق - جامعة الزقـازيق - ١٩٨٤/٨٣ - ص ١١٩.

نفسه بعد بلوغه سن الرشد أن يطلب إبطال الوصية، وتتأكد صحتها نهائياً إن أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر نفسه بغد بلوغه سن الرشد.

ولعل في إجازة الوصية الصادرة من القاصر ما يشجعه على التقرب إلى الله تعالى، وهذا الباعث هو أصل تشريع الوصية بوجه عام[١].

٦- أهلية القاصر المأذون له بالزواج :

طبقاً لنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال، فإنه إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند منح الإذن أو في قرار لاحق.

وبديهي أن المحكمة لا تأذن للقاصر بالزواج إلا إذا بلغ ثماني عشرة سنة إن كان ذكراً، أو ست عشرة سنة إن كانت أنثى، لأن هذا هو السن المحدد قانوناً للزواج ولسماع دعوى الزوجية. وتكون للقاصر أهلية كاملة في التصرف في المهر وهو ما يدفعه

---

(١) د. أحمد سلامة : دروس في المدخل لدراسة القانون - مكتبة عين شمس - ص ١٦٦.

الزوج لزوجته من مال مساهمة منه في نفقات الزوجية، فيعطيه لزوجته بعد الإذن له بالزواج، أيضا فإنه ينفق على زوجته ويحق لهذه الأخيرة التصرف في أموال المهر أو النفقة المدفوعة إليها، ويجوز للمحكمة تحديد مبلغ المهر والنفقة(١).

ثالثا : مرحلة كمال الأهلية (البالغ الرشيد)

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة فإنه يعد كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (٢)، وتكون جميع تصرفاته المالية صحيحة حتى ولو كانت ضارة به ضررا محضا، وسواء كانت من أعمال الإدارة أو أعمال التصرف.

ولكن يشترط لصحة تصرفات من بلغ ٢١ سنة أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية، أما إذا بلغها مصابا بعارض يفقده التمييز

---

(١) د. أحمد سلامة : ص ١٦٨ : حيث يشترط أن يكون المهر وكذلك النفقة في حدود مهر ونفقة المثل، فإن تجاوز القاصر هذا الحد، فإن المحكمة هى التي تقدر ذلك في حدو مهر ونفقة المثل.

(٢) تنص المادة ٤٤ من التقنين المدني على أن : " **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية**".

- وسن الرشد معناه حسن التصرف، والرشيد هو المصلح لماله حتى لا يقع منه إسراف ولا يكون بحيث يقدر الغير على خديعته : محكمة المنصورة في : ١٩٣٥/٧/٢٩ - مجلة المحاماة الشرعية - س ٨ - ص ٢٠٦.

أو ينقصه، فإنه يبقى مع ذلك عديم الأهليـــة أو ناقصـــها بحســب الأحوال[١].

وببلوغ الإنسان سن الرشد تنتهي النيابة القانونية على أمواله بقوة القانون، وكذا تنتهي مهمة الولى أو الوصـــي إلا إذا قضـت المحكمة قبل بلوغه تلك السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليـــه لعارض طرأ عليه عند بلوغه السن المحـــددة وأفقـده الأهليـــة أو أنقصه إياها.

وهذا يستدعى الحديث عن عوارض الأهلية - ثم عن موانــع الأهلية وأخيرا أحكام الولاية على المال .

(١) ويلاحظ أن النضوج العقلي للإنسان قد يكتمل قبل بلوغ هذه الســن أو بعدهــا، فهذا يتفاوت من شخص إلى آخر، ومن هنا يمكن القول بأن التحديد الذي أتـــى به المشرع تحديدا تحكميا. ولعل ما يؤكد ذلك أن المشرع الفرنسي قد خفــض سن الرشد إلى ١٨ سنه بموجب المادة ٣٨٨ من التقنيـــن المدنـــي. (معدلــة بالقانون الصادر في ١٩٧٤/٧/٥).

- وليت المشرع المصري يخفض سن الرشد مثلما فعل المشرع الفرنسي خاصــة بعد انتشار التعليم والتقدم الذي يعيشه العالم الآن . فضلا عن أن سن الرشــد - وأحكام الأهلية عامة - مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء، وهذه الشريعة لم تحدد سنا للرشد وإنما ربطته بظهور علامات البلوغ على الشخص (ذكرا كــان أو أنثى)، وإن كان بعض الفقهاء المتأخرين قد حددوا هذه السن بخمسة عشــر عاما وبهذا أخذ القانون اليمني .

البند الثاني

" عوارض الأهلية "

متى بلغ الشخص سن الرشد اعتبر كامل التمييز والإدراك ومن ثم لديه أهلية أداء كاملة، والأصل أنه يستمر متمتعا بكامل أهلية الأداء حتى وفاته. ولكن قد يطرأ على هذا الشخص عارض يصيبه في قواه العقلية أو في حسن تقديره وتدبره للأمور، فيودي بأهليته لإبرام التصرفات القانونية كلية، أوعلى الأقل ينتقص من تمييزه الذي هو أساس أهلية الأداء .

فعوارض الأهلية إذن هي : " **تلك الأمور التي تطرأ على الشخص وتمس قواه العقلية فتعدم تمييزه وإرادته وتجعله فاقدا للأهلية، أو تخل بحسن تقديره وتبصره بالأمور فتنقص تمييزه وتجعله ناقص الأهلية** ".

ويدخل الجنون والعته تحت العوارض التي تطرأ على الشخص وتمس قواه العقلية وتؤدي إلى انعدام التمييز لديه وكونه فاقد الأهلية، أما العوارض التي تخل بحسن تدبير الشخص وتقديره للأمور فتشمل السفه والغفلة حيث تنتقص من إدراكه وتمييزه ويصبح على أثرها غير كامل الأهلية .

وفيما يلي تفصيل القول في هذه العوارض[١] :

أولا : الجنون والعته (العوارض المعدمة للأهلية) :

تنص المادة ١/٤٥ من التقنين المدني على أن : " **لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون** ".

أما المادة ١١٣ من نفس التقنين فتنص على أن : " **المجنون والمعتوه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون** " .

وعلى ضوء هذين النصين وغيرهما نلقي الضوء على مفهوم الجنون والعته ثم نتبع ذلك ببيان حكم تصرفات المجنون والمعتوه .

(أ) مفهوم الجنون والعته[٢] : يشترك كل من الجنون والعته في أن كل منهما خلل في العقل من الناحية الطبية ، ويختلفان في أن

---

(١) للمزيد من التفصيل حول عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي راجع مقال : الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم " الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي " منشور في مجلة القانون والاقتصاد – س ١ – العدد الثالث – ص ٣٥٢ وما بعدها .

(2) Alienation mental et Faiblesse d'esprit.

الجنون بعدم التمييز والإدراك، أما العته فقد يعـــدم التميـــيز وقـــد ينقصه فقط[١].

فالجنون مرض يصيب العقل ويؤدي إلى إختلالـــه، فيفقـــد صاحبه التمييز[٢] . ومن ثم يفقده أهليتـــه فـــلا يعتـــد بأقوالـــه ولا بأفعاله[٣]. فيكون كالصبي غير المميز وتحجر عليه المحكمة وتعين له قيما يتولى إدارة أمواله.

وترتيبا على ذلك فإن المجنون Le Fou هو من فقـــد عقلـــه واختل توازنه وانعدم تمييزه، ونتيجة لذلك لا يكون أهلا لمباشـــرة حقوقه المدنية، ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون المطبق أى الجنون المستمر دون انقطاع وهو يؤدي إلى فقد الأهلية علـــى وجه مستمر ، والجنون المتقطع وهو الذي تتخلله فترات إفاقة يعود للشخص فيها إدراكه واتزانه، ويتمتع المجنون في هذه الحالة - من وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية - بأهلية أداء يعتد بها قانونا[٤].

---

(١) د.، سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٧٦٨.
(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٦٤.
(٣) د. أحمد سلامة : المرجع سالف الذكر – ص ١٧٠.
(٤) فهو معدوم الأهلية لا يصح منه تصرف أصلا في حالة جنونه، أما ما يصـــدر منه وقت الإفاقة في الجنون المتقطع فهو صحيح، ما دام عقله سليما : انظر فـــي ذلك بالتفصيل : " كشف الأسرار " للبرذوي " الجزء الخامس – ص ١٣٨٣ ومـا بعدها.

غير أن المشرع المصري لم يأخذ بتلك التفرقة، بل اعتبر الجنون في صورتيه معدما للتمييز ومن ثم معدما للأهلية .

أما العته فهو آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين، وكذا سائر أموره[١] .

فالمعتوه Faible d'esprit هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير[٢]، يتردد بين العقلاء تارة ، والمجانين تارة أخرى .

ويفترق العته عن الجنون في أن الأول لا يكون مصحوبا بهياج أو اضطراب ، في حين يقترن الجنون بالهياج والاضطراب عادة، فالعته وإن ذهب بالعقل والتمييز إلا أنه نوع من الجنون الهادئ[٣].

---

(١)كشف الأسرار - جـ٤ - ص ١٣٩٢.

- وقد أوضحت محكمة النقض أن العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله، نقض مدني : ١٩٧٧/١/٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٨ رقم ١٤٥ ص ١٨٩.

(٢) د. سليمان مرقس : المرجع السابق - ص ٧٦٨.

(٣) ويسمى بالجنون الساكن لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

ويميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من العته : الأول تام بعدم التمييز كلية وبالتالي يكون صاحبه معدوم الأهلية ويأخذ حكم الجنون ، فهو بمثابة " جنون ساكن " أما النوع الثاني فغير تام ولا يذهب بالتمييز كلية بل ينقصه فقط ويكون صاحبه كالصبي المميز ويأخذ حكمه[1].

إلا أن المشرع المصري لم يأخذ بتلك التفرقة ورتب على الجنون أو العته في كل الأحوال فقد الأهلية، ومن ثم لا يكون المعتوه أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية أيا كان نوع العته[2].

---

(١) انظر في تلك التفرقة لدى : الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم : المقال السابق – ص ٣٧٢ ، ص ٣٧٤ ، الأستاذ : محمد مصطفى شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه " – دار النهضة العربية – بيروت – ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م – ص ٥٠٣.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٢٩٦.

- وهناك من يستحسن مسلك المشرع المصري هذا : انظر : د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٨٥ : حيث يرى أن هذا المسلك أدعى إلى الحسم والقطع في أمر يستعصى على الإثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات.
- وبعض القوانين – كالقانون الكويتي – فرقت بين الجنون والعته ولم ترتب عليهما حكما واحدا ، وإنما اعتبرت أن الجنون يعدم العقل أما العته فهو ينقصه فقط، ولذلك فإن المعتوه مثل الصبي المميز، انظر مؤلفنا : المدخل لدراسة القانون – مكتبة بن كثير – الكويت – ٢٠٠١ .

وقاضي الموضوع هو الذي يحدد بسلطته التقديرية مدى وجود عاهة العقل معدمة الأهلية من ظروف كل نزاع، ولا يخضع تقديره في ذلك لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا، له ما يؤيده في أوراق ومستندات الدعوى[1].

(ب) حكم تصرفات المجنون والمعتوه :

نصت المادة ١١٤ على أن :

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون

---

(١) نقض مدني : ١٩٧١/١/١٩ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٢ - رقم ١٤ - ص ٧١ حيث جاء فيه أن تقدير حالة العتة لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه في ذلك سائغا .

- وفي هذا المعنى : نقض مدني ١٩٧٩/١/١٣ - مجموعة أحكام النقض - س ٣٠ - العدد الثاني - رقم ٣٠٢ - ص ٦٢٠ : وقد ورد فيه أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى تستقل محكمة الموضوع في تقدير الدليل عليه، ولا شأن للطبيب في إعطاء الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها، وأن الأمر في ذلك لمحكمة الموضوع في ضوء ما يبديه الطبيب ولا معقب من محكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغا .
- وقد درجت الأحكام التالية لمحكمة النقض على نفس المنهج : انظر مثلا : نقض مدني : ١٩٨٦/١١/١٢ - طعن رقم ١٦١ - س ٥٣ ق - مجلة القضاة : س ٢١ - ع ١ - يناير - يونيه ١٩٨٨ - ص ٧٨ : ومشار إليه لدى : - د. محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق - هامش ١٤٤ - ص ١٥٧.

إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شـــائعة وقـــت التعـــاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

وهكذا يفرق المشرع في شأن تصرفات المجنون والمعتـــوه بين مرحلتين على النحو الآتي :

١ – المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر :

إذا قام المجنون أو المعتوه بإبرام تصرف قانوني معين قبـل صدور قرار الحجر وقبل تسجيله، فإن مثل هذا التصـــرف يكـــون صحيحا بحسب الأصل حسبما تقضي المادة ٢/١١٤ . ويؤيد غالبية الفقه هذا المسلك مراعاة لحسن نية مـــن تعـــاملوا مـــع المجنـــون أو المعتوه ولتوفير الثقة في المعاملات (١).

---

(١) انظر على سبيل المثال في الفقه : د. فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق – ص ١٣٤، د. أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ١٧١، د. محمد حسام محمـــود لطفي – ص ١٥٩ ، د. محمود جمال الدين زكـــي – ص ٧٦٩، ص ٧٧٠ ، د. الأهواني : ص ٥٢٧ ، ص ٥٢٨ .

– وعكس ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تصرفات المجنون أوالمعتـــوه تعتـــبر منعدمة تماما لانعدام الإراده لدى المجنون أوالمعتوه، د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق – الطبعة الثانية – ١٩٦٥ – ص ١١٦ ، د. جميـــل الشـــرقاوي : دروس في أصول القانون (المدخل لدراسة القانون) – دار النهضة العربيـــة – القاهرة – ١٩٨٢ – هامش رقم ٣ – ص ٣٣٣ ، ص ٣٣٤.

– ويؤيد القضاء الرأى الأول والذي أخذ به المشرع : انظر مثلا : نقض مدنـــي : ١٩٧١/٤/٢٢ – مجموعة المكتب الفني – س ٢٢ – رقم ٨٤ – ص ٥٤٠ .

غير أن المشرع يقرر بطلان تصرفات المجنون أو المعتوه إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر وذلك في حالتين :

الأولى : إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد.

والثانية : إذا كان المتعاقد الآخر على بينة من وجود حالة الجنون أو العته [١].

وفي الحالة الأولى لا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بحالة الجنون أو العته بل يكفي أن تكون شائعة بحيث يعلم بها غالبية الناس [٢].

وشيوع حالة الجنون أو العته على هذا النحو يفترض معه علم المتعاقد الآخر بها، وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص قيام حالة العته أو الجنون الشائع بسلطته التقديرية متى كان

---

(١) مادة ٢/١١٤ مدني .

(٢) نقض مدني : ١٩٧٧/٤/٥ - مجموعة المكتب الفني - س ٢٨ - رقم ١٥٥ - ص ٨٩٧ ، نقض مدني : ١٩٨٧/٤/٢٣ - مجلة القضاة - س ٢١ - ع ١ - يناير : يونيه - ١٩٨٨ - ص ٨٧.

- فلا يشترط وجود تواطؤ أو استغلال صاحب التصرف، بل يكفي شيوع حالة الجنون أو العته بحيث يكون في مقدور من تعامل مع المجنون أو المعتوه العلم بها : نقض مدني : ١٩٦٩/٤/٨ - مجموعة المكتب الفني - س ٢٠ - رقم ٩٣ - ص ٥٧٨.

استخلاصه سائغا [١].

أما عن الحالة الثانية التي تبطل فيها تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر فإنها تتمثل في علم المتعاقد الآخر - أى الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه - بقيام حالة الجنون أو العته، وفي هذه الحالة يكون هذا الشخص سيئ النية ولذا أراد المشرع أن يفسد عليه هذا القصد السيء فقرر بطلان التصرف .

وتقدير علم المتعاقد الآخر بحالة الجنون أو العته من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض، طالما كان حكمه سليما ومبنيا على إعتبارات معقولة[٢].

---

(١) نقض مدني : ١٩٨٧/٤/٢٣ - سالف الذكر .

- وقد قضى بأن محكمة الموضوع لا تلتزم بندب خبير لتوقيع الكشف الطبي على المطلوب الحجر عليها متى رأت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون أن يعد ذلك إخلالا بحق الدفاع، لأن تقدير سلامة العقل يدخل في سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع : انظر : نقض مدني : ١٩٧٥/٥/٢٨ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٦ - رقم ٢١١ - ص ١١٠٣ . وفي هذا المعنى : نقض مدني : ١٩٧٧/١/٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٨ - رقم ٤٥ - ص ١٨٩.

(٢) نقض مدني : ١٩٨٧/٦/٣٠ - مجلة القضاة - س ٢١، ع ١ يناير - يونيه ١٩٨٨ - ص ٨٧.

ولا يشترط أن يكون التصرف صادرا قبل صدور قرار الحجر أوبعده، بل يكفي أن يكون سابقا على تسجيل قرار الحجر[١].

ولكن إذا قضت المحكمة ببطلان تصرف صادر قبل تسجيل قرار الحجر دون التثبت من أن حالة العته كانت شائعة أو أن الطرف الآخر كان على بينة منها، فإن حكمها يعد مخالفا للقانون وقاصر التسبيب[٢]. وننوه بأنه يكفي توافر أحد الأمرين لإبطال التصرف الصادر من المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر[٣]. أى أنه يكفي أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة بين الناس ، أو أن يكون الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون اوالمعتوه عالما بقيام حالة الجنون أو العته، ففي الحالة الأولى كان من السهل على الطرف الآخر أن يعلم بحالة الجنون أو العتة طالما كانت معلومة لدى كثير من الناس، وفي الحالة الثانية فإنه يكفي علم الطرف الآخر بحالة الجنون أو العته حتى ولو لم تكن شائعة أو

---

(١) د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٣٣٣.

(٢) نقض مدني : ١٩٧٥/٤/١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٦ – رقم ١٤٠ – ص ٧١٣ .

(٣) د. سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٧٧٠.

معلومة لدى الناس [١].

والعبرة بتوافر حالة الجنون أوالعته وقت ابرام التصـــــرف دون أى وقت آخر حتى ولو قضت المحكمة بتوقيع الحجـــر بعـــد ذلك[٢]. فيكون التصرف صحيحا إذا لم تكن حالة الجنون أوالعتـــه موجودة، أوكانت كذلك ولكن المتعاقد الآخر لم يكن عالما بها ولـــم تكن شائعة [٣].

(١) كما لو كان الذي تعاقد مع المجنون أوالمعتوه عالما بذلـــك بصفتـــه الطبيـــب المعالج له، أو كان على علاقة وثيقة به بحيث يكون على علم بجنونه أو بعتهه، ويكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا في مثل هذه الحالة .

(٢) وقد قضى بأن الحكم بالعته من الأحكام المنشئة وأن القضاء بصحة التصرفـــات السابقة على الحكم الصادر بتوقيع الحجر للعته لا يتعارض مع حجيـــة الحكـــم الأخير طالما أنه لم يقطع بقيام حالة العته وقـــت التصـــرف : نقـــض مدنـــي : ١٢/٤/١٩٧١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٢ – رقم ٨٤ – ص ٥٤٠.

(٣) غير أنه في حالة الوصية الصادرة من شخص كامل الأهلية ثم اصبح مجنونا أو معتوها وظل كذلك حتى توفى فإن الوصية تكون باطلة، وتطبيقا لذلـــك قضـــى ببطلان وصية المجنون والمعتوه، وجاء في هذا الحكم أنه إذا كان العقل شـــرطا لصحة الوصية عند إنشائها فهو شرط أيضا لبقائها . ولذلك إذا جـــن الموصـــي جنونا مطبقا واتصل الجنون بالموت فإن الوصية تبطل لأن للموصى أن يرجـــع عن وصيته ما دام حيا ، فإذا أصيب بجنون مطبق واتصل به الموت لم يثبت أنه مات مصرا عليها، أما إذا لم يتصل به الموت لم تبطل الوصية لأنه إذا أفاق قبل موته كانت لديه فرصة الرجوع ولم يرجع فكان ذلك دليلا علـــى الإصـــرار " : نقض مدني : ١٣/١/١٩٧٠ – مجموعة أحكام النقض – س ٢١ – رقـــم ١٣ – ص ٧٠.

٢- المرحلة اللاحقة على تسجيل قرار الحجر :

إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً، جاز لذوي المصلحة أن يطلبوا من المحكمة توقيع الحجرعليه، وتعيين قيم يتولى إدارة شئونه.

فإذا ما صدر قرار الحجر وجب تسجيله في الشهر العقاري حتى يكون حجة على الكافة، بل إن قانون المرافعات قد أجاز تسجيل طلب توقيع الحجر . ومن ثم يمكن الاحتجاج بقرار الحجر بأثر رجعي من وقت تسجيل طلب الحجر، فإذا لم يكن طلب الحجر مسجلاً فإن العبرة تكون بتسجيل قرار الحجر.

وبناءاً عليه، فإنه منذ تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر - إذا لم يكن الطلب قد سُجل - تكون تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً ، لأن الشخص يصبح عديم الأهلية، إذ الحجر قرينة قاطعة على انعدام التمييز والأهلية، ولا يجوز اثبات عكس هذه القرينة(١).

ويلاحظ أن العبرة بتاريخ تسجيل قرار الحجر وليس بتاريخ صدوره(٢). كما يلاحظ أن العبرة بتاريخ تسجيل طلب الحجر وليس

---

(١) المواد ١٠٢٦ وما بعدها من قانون المرافعات .

(٢) فإذا كان طلب الحجز قد سُجل ، ولكن المحكمة قضت برفضه، يزول أى أثر مترتب عليه وتصبح تصرفات الشخص السابقة صحيحة .

بتاريخ تقديمه [١].

ثانيا : السفه والغفلة (العوارض المنقصة للأهلية)

تقضي المادة ٤٦ من التقنين المدني بأن : " **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون** ".

وعلى ضوء ذلك نبين معنى السفه والغفلة، ثم نوضح حكم تصرفات كل من السفيه وذي الغفلة من الناحية القانونية، وذلك فيما يلي :

(أ) معنى السفه والغفلة :

السفه والغفلة عارضان من عوارض الأهلية يترتب عليهما أن يصبح الشخص ناقص الأهلية فقط دون أن يكون عديم الأهلية، ولذا فإن السفه والغفلة من العوارض التي تنقص الأهلية ، بحيث أنهما لا يخلان بالعقل من الناحية الطبية بل يؤثران على حسن تقدير وتدبير الشخص للأمور .

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن مجرد تقديم طلب الحجر لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيله، راجع : نقض مدني : ١٩٩٨/١٢/٢٣ - مجلة القضاة الفصلية - س ٣١ - ع ١ ، ٢ - يناير - ديسمبر ١٩٩٩ - رقم ٣٦ - ص ٣٧١.

والسفه لغة : خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمـــل بخـــلاف موجب العقـــل والشرع مع قيام العقل حقيقة [١]. وفـــي الإصطلاح القانوني : " إضاعة المال على غير مقتضى العقل" [٢] ، ويعرفـــه البعض بأنه : " ذلك العيب المنقص للأهلية الذي يلحق ملكة التدبير عند الشخص فيدفعه إلى التبذير على نحو يأباه العقل السليم والشرع نظرا لتسلط شهوة الإتلاف عليه " [٣] .

وعلى ذلك فإن السفيه هو من يبذر أمواله على غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير[٤]. كمن ينفق أموالـــه في لعب القمار، أو الرهان أو في رحلاته السياحية أو في التبرعات مع حاجته هو وأسرته لهذا المال لسد حاجاتهم الضرورية أو لتأمين المستقبل[٥].

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - بند ٢٩٧ - ص ٤٦٥.

(٢) د. عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلـــوم القانونيـــة - بنـــد ٤٨٣ - ص ١٩٧.

(٣) د. حسام لطفي : المرجع السابق - ص ١٦١.

(٤) د. سليمان مرقس : المرجع السابق - ص ٧٧٠.

(٥) د. نعمان جمعة : المرجع السابق - ص ٣٩٩.

- فالمبذر سفيه حتى ولو كان ينفق ماله في وجوه البر عند الحنفية ، أمـــا فقـــهاء الشافعية فلم يعتبروا الإسراف في الإنفاق في وجوه البر سفها : انظر في ذلـك : رد المحتار لابن عابدين - جـــ ٥ (كتاب الحجر).

وفكرة السفه ليست من قبيل الفكر المقيدة المنضبطة المضمون، وإنما هى فكرة معيارية يرجع فيها إلى التجارب الإجتماعية وما يتعارف عليه الناس في حياتهم، وقد يستخلص قيام السفه من تصرف الإنسان على خلاف ما يقتضيه الشرع كالإدمان على المقامرة، وقد يستخلص من إتباع الهوى ومكابرة العقل ولو كان التصرف مشروعا كالإسراف في التبرعات " [١].

إلا أن التصرفات التي قوامها التراحم والتضامن الاجتماعي مما يحض عليه التشريع الإسلامي لا تنطوي على خفة ولا تفيد السفه حسبما ذهبت محكمة النقض المصرية [٢] .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن تصرف الإنسان في كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل، بل هو تصرف تمليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال في مفسدة[٣].

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٢) نقض مدني : ١٩٦٦/٢/٢ - مجموعة أحكام النقض - س ١٧ - رقم ٣١ - ص ٢٣٧ ، وكان الحكم يتعلق بقيام سيدة بهبة أموالها لابن شقيقتها .

(٣) نفس الإشارة .

أما الغفلة : فتعني سهولة وقوع الشخص في الغبن لسلامة قلبه وضعف إدراكه(١) . فهي كما عرفتها محكمة النقض المصرية : " ضعف الملكات الضابطة في النفس ، ترد على حسن الإدارة والتقدير ، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير "(٢) . ذو الغفلة إذن هو ذلك الشخص الذي لا يعرف ولا يميز النافع والضار من التصرفات التي يبرمها مع الغير ، بل يسهل استغلاله ، لحسن نيته وسلامة طويته وطيبة قلبه. فهو سليم العقل ولكنه سيئ التقدير ، بعكس السفيه الذي يكون على بينة من أمره ومع ذلك يتعمد القيام بالتصرف رغم ما فيه من ضرر(٣) .

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٦٥.

(٢) نقض مدني : ١٤/٥/١٩٧٥ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٦ – رقم ١٩٢ – ص ١٠٠٢ . وقد أوضح هذا الحكم الفرق بين السفيه وذو الغفلة حيث قرر أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار فيغبن في معاملاته ويصدر في فساده عن سلامة طوية وحسن نية، بينما الثاني كامل الإدراك مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير أبه بنتيجته نظرا لتسلط شهوة الإتلاف على إرادته .

(٣) وقد رفضت محكمة النقض إعتبار توقيع الشخص على بياض لأوراق بيضاء لكاتب عمومي استغلها في بيع أملاك الطاعن من قبيل الغفلة، وبررت المحكمة ذلك بمقولة أن هذا التصرف لا يعدو أن يكون صادرا عن مجرد إهمال أو سهو في التعامل بما يقع فيه الرجل العادي : انظر : نقض مدني : ٢٥/١٠/١٩٧٢ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٣ – رقم ١٩١ – ص ١٢١٦.

هذا وقد ذهب الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه - إلى عدم جواز الحجر على السفيه وذي الغفلة، استنادا إلى أن الشـــخص إذا بلغ رشيدا اكتملـت أهليته وارتفعت الولاية عنه، وسلم إليه مالـــه، فإذا طرأ عليه السفه بعد ذلك لا يحجر عليه ولا يسلب منه مالـــه، لأن في الحجر إهدارا لآدميته وحريته، ولا يعقل أن يكون المـــال أعز من النفس في موازين الأشياء. غـــير أن الأئمـــة الثلاثـــة (الشافعي ، مالك ، وأحمد بن حنبل) يقولون بجواز الحجـــر علـــى السفيه وذي الغفلة[1].

وقد انحاز المشرع إلى رأى الأئمة الثلاثة حيـــث أعطـــى للمحكمة بناء على طلب ذوي الشأن سلطة توقيع الحجر على السفيه

---

(١) وتبعهم في ذلك محمد وأبو يوسف (صاحبي أبو حنيفة)، ولكن محمدا يـــرى أن تحقق السفه يكفي في ثبوت الحجر على السفيه ولا يتوقف على القضـــاء أى لا يشترط لذلك صدور حكم من القاضي لأن العلة في ثبوت الحجر هى الســـفه وقد تحقق ، وبالمثل فإنه بمجرد عودة الرشد إلى السفيه يزول الحجر عنه. أمـــا أبو يوسف فقد اشترط ضرورة صدور حكم من القاضي بـــالحجر، ولا يرتفـــع الحجر كذلك إلا بحكم القاضي لأن السفه أمر تقديري تختلف فيه أنظار العقـــلاء، فرب شخص يرى تصرفا ما سفها بينما لا يراه غيره كذلك .

- انظر للمزيد من التفصيل حول اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية بشان الحجـــو على السفيه وذي الغفلة : رد المحتار لابن عابدين - جـــ ٥ - كتاب الحجـــر، كشف الأسرار الكبير - جـــ٤ - ص ١٤٩٤.

وذي الغفلة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً (١)، كما أن هذا الحجر لا يرفع إلا بحكم قضائي أيضاً وفقا لما قررته المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال (٢).

(ب) حكم تصرفات السفيه وذو الغفلة :

بين المشرع في المادتين ١١٥ ، ١١٦ من التقنين المدني ، حكم التصرفات الصادرة عن السفيه أو ذي الغفلة، حيث تنص المادة ١١٥ على أنه :

١- إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

---

(١) مادة ١١٣ مدني .

(٢) وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض إلى أن نص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يدل على أن المشرع يقرر أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامي من أن الحجر يكون بقيام موجبه ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به، مما مؤداه أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور حكم بها : نقض مدني : ١٩٧٧/٥/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٨ - رقم ٢٢٣ - ص ١٢٩٣ . وإذا توفى المطلوب الحجر عليه فإن دعوى الحجر تنتهي بالوفاة طالما لم يصدر حكم بتوقيع الحجر من القضاء يكون حائزا لقوة الأمر المقضي : نقض مدني : ١٩٨٠/١/٢٣ - مجموعة أحكام النقض - س ٣١ - رقم ٥٦ - ص ٢٦٩.

٢– أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ".

وقد أردفت المادة ١١٦ قائلة :

١– يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا، متى أذنته المحكمة في ذلك .

٢– وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ".

وهكذا يفرق المشرع بين مرحلتين : الأولى سابقة على تسجيل قرار الحجر، والثانية لاحقة عليه، ويختلف حكم التصرف بحسب وقوعه خلال المرحلة الأولى أو الثانية وذلك على النحو التالي :

١– المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر :

يجوز لذوي الشأن التقدم بطلب إلى المحكمة لتوقيع الحجر على السفيه أو ذي الغفلة، ويجوز تسجيل هذا الطلب ، وإذا ما قضت المحكمة بالحجر وجب تسجيل هذا القرار. وقبل أن يتم تسجيل قرار الحجر - أو طلب الحجر – فإن تصرفات السفيه وذو الغفلة تكون صحيحة بحسب الأصل وهى مشروعة لصدورها من

شخص يتمتع بكمال الغفل وصحة الإرادة، ولم يصدر قرار بالحجر عليه بعد.

بيد أن المشرع قد قرر إبطال تصرفات السفيه وذو الغفلة في حالتي الإستغلال والتواطؤ، حيث يكون التصرف باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان مصحوبا باستغلال أو تواطؤ .

ففي الحالة الأولى يعمد من تعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة إلى انتهاز فرصة السفه أو الغفلة والإفادة منها بابتزاز أموال السفيه أو ذي الغفلة(١) . وهنا يكون التصرف باطلا أو قابلا للإبطال لسوء نية المتعاقد الآخر .

ولا يكفي مجرد شيوع حالة السفه والغفلة أو حتى علم المتعاقد الآخر بها، بل يجب أن يتخذ هذا الشخص موقفا إيجابيا بأن يعمد إلى انتهاز فرصة السفه أو الغفلة واستغلالها لصالحه لابتزاز أموال السفيه أو ذو الغفلة(٢).

---

(١) وقد عرفت محكمة النقض الاستغلال قائلة : " ويقصد بالإستغلال أن يغنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثري من أمواله":

- نقض مدني : ١٩٦٤/٥/٢١ - مجموعة أحكام النقض - س ١٥ - رقم ١١٢ - ص ٧٠٧ .

(٢) د. حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٥٨٩.

أما التواطؤ فيكون بين السفيه أو ذو الغفلة ومن تعاقد معه والذي يكون سئ النية بغية تهريب الأموال قبل توقيع الحجر وتسجيل القرار الصادر به(١). وعلى حد تعبير محكمة النقض فإن " التواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف في أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب "(٢).

ولا يشترط لإبطال التصرف الصادر من السفيه أو ذو الغفلة إجتماع الإستغلال والتواطؤ ، بل يكفي توافر أحدهما (٣) . ويقع عبء إثبات الاستغلال أو التواطؤ على عاتق من يطالب بإبطال التصرف(٤) . وتقدير ما إذا كان هناك استغلال أو تواطؤ

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٦٦ .

(٢) نقض مدني : ١٩٦٤/٥/٢١ – سالف الذكر .

(٣) نقض مدني : ١٩٦٥/٦/٢٤ – مجموعة المكتب الفني – س ١٦ – رقم ١٢٩ – ص ٨١٥ ، حيث جاء فيه أنه : " لا يشترط إجتماع الاستغلال والتواطؤ ن بل يكفي أحدهما " .

(٤) ولكن لا يكفي لتحقق الاستغلال توافر قصد الاستغلال لدى من تعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة، بل يجب التثبت من أن هذا المتعاقد قد استغل ذا الغفلة أو السفيه فعلا وحصل من وراء العقد على فوائد أوميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذي يتطلبه القانون – انظر نقض مدني : ١٩٦٤/٥/٢١ – السابق، وفي نفس المعنى : نقض مدني : ١٩٧١/٤/٢٠ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٢ – رقم ٧٨ – ص ٥٠٦.

يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضـــوع ولا معقــب عليها في ذلك متى بررت حكمها بأسباب سائغة [١].

٢- المرحلة اللاحقة على تسجيل قرار الحجر :

يجوز لذوى المصلحة في الحجر على السفيه أو ذي الغفلـــة التقدم بطلب الحجر على السفيه أو ذي الغفلة إلى المحكمة[٢] ويجوز تسجيل هذا الطلب ويمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير، وإذا مـــا قضت المحكمة بتوقيع الحجر وجب تسجيل هذا القرار، ومن لحظة تسجيله يسري في مواجهة الغير، بل يحتج به بأثر رجعي إذا كـــان طلب الحجر قد سجل، فيكون القرار حجة على الغير مـــن تـــاريخ تسجيل الطلب.

وتعين المحكمة للمحجور عليه قيما يتولـــى إدارة شـــئونه، وتكون القوامة للإبن البالغ الرشيد ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختـــاره المحكمة [٣] . ويشترط في القيم ما يشترط في الوصى ، وتســـري

---

(١) نقض مدني : ١٩٦٩/١/٢٨ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٠ - ع ١ - رقـم ٣٠ - ص ١٨٢.

(٢) غير أنه إذا توفى الشخص المطلوب الحجر عليه قبل صـــدور قـــرار الحجـــر تقضي المحكمة بإنتهاء طلب الحجر حيث يصبح غير ذي موضوع، ولا يجـــوز توجيه طلب الحجر بعد ذلك إلى الخلف العام (الورثة) انظر : نقض مدنـــي : ١٩٧٧/٥/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٨ - رقم ٢٢٣ - ص ١٢٩٣ .

(٣) مادة ٦٨ من قانون الولاية على المال .

عليه الأحكام المقررة في شأن الأوصياء [١].

وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من التقنين المدني، فإن التصرفات التي يقوم بها السفيه أو ذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر (أو طلب الحجر) تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز. أي أن هذه التصرفات تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا كقبول الهبة، وباطلة إذا كانت ضارة ضررا محضا كالتبرع بالمال للغير، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع على النحو السالف بيانه .

*** الاستثناءات الواردة على حكم تصرفات السفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر :**

ما تقدم يمثل الأصل العام أو القاعدة العامة التي تحكم

---

(١) مادة ٦٩ ، ٧٨ من قانون الولاية على المال

- انظر في اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى جواز الحجر على السفيه أو ذي الغفلة ومدى صحة تصرفات كل منهما :
- الأستاذ : محمد مصطفى شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (وقواعد الملكية والعقود فيه) - دار النهضة العربية - بيروت - ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م - ص ٥٠٤ : ص ٥٠٧ ، الأستاذ : أحمد ابراهيم : الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي - مجلة القانون والإقتصاد - س ١ - ص ٥٢٣ : ص ٥٢٦ .

تصرفات السفيه أو ذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر، إلا أن المشرع قد اعترف للسفيه وذي الغفلة بأهلية إبرام تصرفات معينة ومحددة على سبيل الحصر، وأقر المشرع صحة هذه التصرفات على الرغم من صدورها من شخص به سفه أو غفلة وأيا كان تاريخ إبرامها .

إذ تقضي المادة ١١٦ من التقنين المدني بأن :

١- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة في ذلك .

٢- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ".

وهكذا يقرر المشرع صحة تصرف السفيه أو ذو الغفلة خروجا على الأصل العام ، وذلك في حالات ثلاث هي :

أ - يجوز للسفيه ولذي الغفلة المحجور عليهما الإيصاء ببعض أموالهما للغير بشرط الحصول على إذن من المحكمة :
وذلك على الرغم من أن الأصل العام كان يقضي ببطلان مثل هذه الوصية بطلانا مطلقا لأنها من التصرفات التي يترتب عليها خروج المال دون مقابل أى أنها ضارة ضررا ماليا محضا. ولكن إذا صدرت الوصية دون إذن المحكمة كانت قابلة للإبطال لمصلحة

السفيه أو ذو الغفلة باعتبارها دائرة بين النفع والضرر على سبيل الإستثناء[١].

ب - كذلك يجوز للسفيه ولذي الغفلة المحجور عليهما التصرف بالوقف متى أذنت لهما المحكمة بذلك : والمقصود بذلك بداهة الوقف الخيري أى وقف العين وريعها على جهة من جهات البر والخير كالمدارس والمساجد والمستشفيات[٢].

جـ- وأخيرا فإنه يجوز للسفيه المأذون له بتسلم أمواله، أن يقوم بأعمال الإدارة كتأجير هذه الأموال : وتكون أعماله صحيحة إذا تمت بالشروط وفي الحدود التي رسمها القانون[٣].

---

(١) مادة ١/١١٦ مدني، ومادة ٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية، والتي تجيز كذلك وصية القاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة بعد الحصول على إذن المحكمة .

(٢) مادة ١/١١٦ مدني . ذلك لأن الوقف الأهلي أى الوقف لصالح شخص معين قد ألغى.

- وانظر فيمن يرى عدم إمكانية الوقف من جانب السفيه وذو الغفلة الآن : د. حسن كيرة : المرجع السابق - هامش رقم ٢ - ص ٥٨٩.

(٣) فلا يجوز له تاجير الأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة .

- وعلى الرغم من أن نص المادة ٢/١١٦ قد قصر حكمه على السفيه إلا أن الفقه يجمع على سريانه بالنسبة لذي الغفله : انظر مثلا : د. نعمان جمعة : المرجع السابق - ص ٤٠١ ، د. على نجيدة : ص ١٦٣.
- وقد ذكرت المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ذي الغفلة صراحة .
- وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للسفيه أو ذي الغفلة مباشرة التجارة، ولكن يجوز له إبرام عقد العمل كعامل والتصرف في كسب عمله والتصرف في أموال نفقته : د. نعمان جمعة : نفس الإشارة .

البنـــد الثالـــث

" موانـــع الأهليـــــــة "

تعريـــف وتحديد :

قد توجد أهلية الأداء مكتملة لدى الشخص، ولكنه لا يستطيع التعبير عنها، أو لا يستطيع إستعمالها لوجود مانع يحول بينه وبيـــن هذا التعبير أو ذاك الإستعمال .

فموانع الأهلية هى أمور تعرض فتحول بين الشخص وبيـــن إمكان مباشرة التصرفات القانونية أو الإستقلال بمباشرتها(١).

وتفترض تلك الموانع أن الشخص قد بلغ سن الرشد، ولـــم يحكم قبل بلوغه هذه السن بإستمرار الولاية أو الوصاية عليه، ولـــم يتم الحجر عليه بعد بلوغه سن الرشد لعارض من عوارض الأهلية التي سبق بيانها، فهو شخص كامل الأهلية، ومع ذلك طرأ ما يحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية كليا أو جزئيا .

وإنطلاقا من ذلك يمكن حصر موانع الأهلية في ثلاثة وهي: مانع مادي ويتمثل في الغيبة، ومانع طبيعي وهو وجود عاهتين لدى

---

(١) د. الصدة ، د. الصباحي : المرجع السابق – ص ٢٣٥ ن د. أحمـــد ســـلامة : دروس في المدخل لدراسة القانون – مكتبة عين شمس – ص ١٧٣ .

الشخص أو عجز جسماني شديد، وأخيرا يوجد المـــانع القـانوني الناشئ عن الحكم على الشخص بعقوبة جناية .

وقبل أن نوضح كل مانع من هذه الموانع ، نشير إلـــى أن بعض الفقه يعتبر أن الإصابة بعاهتين أو بعجــز جســماني شــديد يؤدي إلى نقص أهلية الأداء لدى الشخص وعلى ضوء ذلك تجــب دراستهما ضمن العوارض المنقصة للأهلية وهى السفه، والغفلــة، ويستند هذا الرأى إلى أن الأهلية صلاحية عقلية وجسمانية لتكويــن الإرادة والتعبير عنها وكل ما يعوق ذلك يعد معطلا أو منقصا لهذه الصلاحية، ومن ثم يدخل ضمن حالات نقص الأهلية [١].

ورغم وجاهة التحليل الذي يقول به هذا الرأى، إلا أن الفقـه يجمع على إدخال حالة الإصابة بعاهتين أو بعجز جسماني شـــديد ضمن موانع الأهلية[٢].

---

(١) ذهب إلى هذا الرأى أستاذنا الدكتور العميد/ نعمان جمعة في مؤلفه : دروس في المدخل للعلوم القانونية – دار النهضة العربيـــة – القـــاهرة – ١٩٧٥/١٩٧٦ – ص ٤٠٣.

(٢) انظر على سبيل المثال : د. محمود جمال الدين زكي : المرجع الســـابق – ص ٤٦٨ وما بعدها ، د. الصدة، د. الصباحي : المرجع الســـابق – ص ٢٣٥ ، د. حسام لطفي : المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها .

ولعل من المناسب التفرقة بين وجود الإرادة والتعبير عنها، فإذا ما وجدت الإرادة جاز التعبير عنها بالكتابة أو القول أو الإشارة المتداولة عرفاً[١] ، وبالتالي يمكن القول بتوافر الإرادة - حتى ولو كانت داخلية - لدى المصاب بعاهتين أو بعجز جسماني شديد طالما كان ذلك لا يؤثر على قواه العقلية وتمييزه وإدراكه للأمور، ومن ثم فإن المساعد القضائي يعاون هذا الشخص في التصرفات لكي يمكن نقل ارادته الباطنة إلى حيز الوجود والتعبير عنها، والدليل على ذلك أن المساعد القضائي لا ينفرد بإبرام التصرف وإنما لا بد من إشراك المصاب بعاهتين أو بعجز جسماني شديد معه في إبرام التصرف، ولو كان الأخير ناقص الأهلية ما سمح له المشرع بالقيام بهذا الدور هكذا دون قيد أو شرط، فضلا عن أن تعيين المساعد القضائي جوازي للمحكمة .

ومن ثم فإننا نميل إلى اعتبار تلك الحالة من حالات موانع

---

(١)مادة ٩٠ من التقنين المدني والتي تنص على أن :

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

الأهلية حيث يكون لدى الشخص أهليـــة أدء، ولكنـــه لا يســتطيع مباشرة التصرفات القانونية بمفرده، فيكون للمحكمة أن تعيـــن لـــه مساعدا يعاونه في إبرام التصرفات القانونية .

وفيما يلي كلمة عن كل مانع من هذه الموانع الثلاث :

أولا : المانع الطبيعي (الإصابة بعاهتين أو بعجز جسماني شديد):

طبقا لنص المادة ١/١١٧ من التقنين المدني فإنه : " إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبــير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فـــي التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك ".

أما الفقرة الثانية من هذه المادة فتبين حكم التصرف الـــذي يأتيه ذو العاهتين بدون معاونة المساعد بعد تسجيل قرار المســاعدة فتقول : " ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفـــات التـــي تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشـــخص الـــذي تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصــرف بعد تسجيل قرار المساعدة ".

وتقضي المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال رقـم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه : "

١- إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكـم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمـة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفـات المنصـوص عليها في المادة ٣٩.

٢- ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى مـن انفـراد الشـخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد ".

وعلى ضوء هذه النصوص نوضح أولا : المقصود بكل من العاهة المزدوجة والعجز الجسماني الشديد، ثم نتبع ذلـك بدراسـة نظام المساعدة القضائية الذي أجازه المشرع في هذه الحالة، وذلـك فيما يلي :

(أ) معنى العاهة المزدوجة والعجز الجسماني الشديد :

يقصد بالعاهة المزدوجة تلك العاهـة أو المـرض الـذي يصيب الشخص في عضوين على الأقل من ثـلاث وهـي الأذن واللسان والعين، أي أن يكون الشخص أصم أبكم أو أعمى أصـم أو أعمى أبكم ، فإذا أصيب الشخص بعاهتى الصم والبكـم أو الصـم والعمى أو العمى والبكم بحيث لا يستطيع أن يعـبر عـن إرادتـه

بسبب ذلك، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية. وهذه العاهات الثلاث محددة على سبيل الحصر فلا تجوز الإضافة إليها .

أما العجز الجسماني الشديد : فلم يحدده المشرع تاركا ذلك لقاضي الموضوع والذي له الإستعانة بأهل الخبرة من رجال الطب[١]، وتورد المذكرة الإيضاحية أمثلة لهذا العجز كالشلل النصفي أو الضعف البدني الشديد في السمع والبصر والذي لا يرقى إلى مرتبة الصم أو العمى[٢] .

(ب) نظام المساعدة القضائية للمصاب بعاهتين أو بعجز جسماني شديد :

إذا كان الشخص مصابا بعاهتين أو بعجز جسماني شديد، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا ، وسنبدأ ببيان شروط تقرير المساعدة القضائية، ثم نوضح نطاق المساعدة القضائية من حيث التصرفات، وذلك على النحو الآتي :

---

(١) د. حسام لطفي : المرجع السابق – ص ١٦٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

- **شروط تقرير المساعدة القضائيـــة :**

قيد المشرع سلطة المحكمة في تقرير المساعدة القضائيـــة بعدة بشروط وهي :-

١- يجب أن يكون الشخص مريضا بعـــاهتين أو لديـــه عجـــزا جسمانيا شديدا على النحو الذي سلف، شريطة تمتعـــه بقـــواه العقلية[١].

٢- يجب أن يكون من شأن هذا المرض أو العجز أن يجعل مـــن المتعذر على المريض التعبير عن إرادته أو يخشى معه مـــن انفراده بالتصرف، فإذا كان من اليسير على المريض بعاهتين أو بعجز جسماني شديد التعبير عن إرادته رغم تلك العاهة أو هذا العجز والإحاطة بظروف التعاقد وملابســـاته بحيـــث لا تكون هناك خشية على مصالحه إذا انفرد بإبرام التصرفـــات القانونية، ففي هذه الحالة لا يجوز اخضاعه لنظام المســـاعدة القضائية[٢].

---

(١) وبناء على ذلك لا يجوز تقرير المساعدة القضائية على مـــن أصيـــب بعاهـــة واحدة كالأصم أو الأبكم أو الأخرس، إذ يستطيع مثل هذا الشخص التعبير عـــن إرادته بوسيلة أخرى .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - ص ٤٧٠.

٣ – وأخيرا يجب تقديم طلب إلى القضاء بتقرير المساعدة : فلا يجوز للقاضي تقرير المساعدة القضائية من تلقاء نفسه، وإنما يكون ذلك بناءا على طلب المريض نفسه أو أى شخص آخر له مصلحة في تقرير المساعدة[١]. ويجوز تسجيل طلب المساعدة.

فإذا توافرت هذه الشروط، جاز للمحكمة أن تعين مساعدا قضائيا للمريض يعاونه في التصرفات القانونية[٢]، أى أن تقرير المساعدة القضائية من سلطة قاضي الموضوع فقد يستجيب لطلب المساعدة، وقد يرفض تقريرها حتى مع توافر شروطها حسبما يتراءى للقاضي على ضوء ظروف الحال.

وإذا ما قضت المحكمة بتقرير المساعدة القضائية وجب تسجيل هذا القرار حتى يكون حجة على الغير ولكي يستطيع الأخير أن يعلم به[٣].

- **نطاق المساعدة القضائية من حيث التصرفات :**

إذا رأت المحكمة ضرورة تعيين مساعد قضائي للمريض بعاهتين أو بعجز جسماني شديد. فإنها تحدد التصرفات التي تقتضي

---

(١) د. حسام لطفي : المرجع السابق – ص ١٦٧.

(٢) مادة ١/١١٧ مدني.

(٣) مادة ٢/١١٧ مدني.

مصلحة المريض مشاركة المساعد القضائي له فيها. فقد تقصر المحكمة المساعدة على تصرف معين، وقد تمدها لتشمل مجموعة من التصرفات القانونية، والمحكمة وهى تقوم بهذا التحديد تأخذ في إعتبارها ظروف من تقررت مساعدته ومدى خطورة التصرفات التي تقررت المساعدة بشأنها[١].

وعلى حين ورود نص المادة ١/١١٧ من القانون المدني بصيغة عامة، حيث أوضحت جواز تقرير المساعدة في التصرفات التي تقتضيها مصلحة الشخص الخاضع للمساعدة دون تحديد لهذه التصرفات، فإن المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال قد حددت التصرفات التي لا يجوز للوصى مباشرتها دون إذن من المحكمة تحديدا حصريا[٢]. ويرى الفقه أن نص المادة ١/١١٧ من القانون

---

(١) د. عبد الرازق السنهوري : الوسيط في نظرية الالتزام – جـ ١ – بند ١٦٠.
(٢) وهذه التصرفات هي :
١– جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة كالقسمة والصلح .
٢– التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية او الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة .
٣– الصلح والتحكيم، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.
٤– حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة.
٥– استثمار الأموال وتصفيتها .
٦– اقتراض المال وإقراضه. ===

المدني هو الذي يسري ، باعتبار أن الحالات الواردة بالمـــادة ٢٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ما هى إلا أمثلة يـهتدى بها القاضي ، لأن الأخذ بالتحديد الـــوارد بـــهذه المـــادة وقصـــر المساعدة القضائية عليها من شأنه عدم استلزام المساعدة القضائيـــة في حالة التبرع الذي لم يرد ذكره في نص المادة ٣٩ على الرغـــم من أنه أكثر خطورة من كل التصرفات الواردة بهذه المادة. وهـــذا غير منطقي إذ لا يعقل أن تفرض على الشخص المساعدة القضائية

=== ٧- إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثـــلاث ســنوات فـــي الأراضـــي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني .

٨- إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر مـــن سنة .

٩- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

١٠- الإنفاق من ماله على من تجب عليه نفقتـــهم، إلا إذا كـــانت النفقـــة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ.

١١-الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون عليه أوعلـــى التركـــة التـــي يستحق فيها شيئا.

١٢- رفع الدعاوي.

١٣- التنازل عن الحقوق والدعاوي وقبول الأحكام القابلة للطعون العاديـــة (المعارضة والاستئناف) والتنازل عن هذه الطعـــون بعـــد رفعـــها، وكذلك رفع الطعون غير العادية على الأحكام (النقـــض والتمـــاس إعادة النظر) .

١٤- التنازل عن التأمينات أو اضعافها.

١٥- ما يصرف في تزويج القاصر .

١٦- تعليم القاصر إذا احتاج النفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنـــة معينة .

في الأعمال التي تدور بين النفع والضرر ولا تفرض عليه في أعمال التبرعات وهى ضارة ضررا محضا به[١].

ويختلف المساعد القضائي عن النائب القانونى إذ لا يحل المساعد محل الشخص المطلوب مساعدته وإنما يعاونه، ولذا يجب مشاركة الخاضع للمساعد القضائي عند إبرام أى تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة بشأنها[٢].

وتطبيقا لذلك فإنه إذا انفرد ذي العاهتين أو العجز بمباشرة تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية لها دون الإستعانة بالمساعد القضائي، فإن تصرفه يكون قابلا للإبطال لمصلحته إذا وقع بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة[٣]. أما إذا

---

(١) د. نعمان جمعة : المرجع السابق – ص ٤٠٣ ، د. سليمان مرقس : المرجع السابق – هامش رقم ١٦٠ – ص ٧٧٦.

- ويعلل البعض عدم ذكر التبرعات ضمن قائمة المادة ٣٩ ، بأن النص خاص بالتصرفات التي لا يجوز للوصى القيام بها، إلا بعد إذن المحكمة، والتبرع لا يستطيع الوصى القيام به حتى ولو أذنت له المحكمة في ذلك إلا لواجب إنساني أو عائلي : انظر : د. على نجيدة : هامش ص ١٦٥ .
- وهناك من يرى أن التصرفات الواردة بالمادة ٣٩ واردة على سبيل التمثيل لا الحصر وقد قصد بها إقامة قرينة على أنها تستوجب المساعدة بالضرورة، أما ما عداها فيترك إثباته لطالب المساعدة : د. حسن كيرة : المرجع السابق – هامش رقم ١ – ص ٥٩٤.

(٢) د/ نعمان جمعة : ص ٤٠٤ .

(٣) مادة ٢/١١٧ مدنى

وقع التصرف قبل هذا التسجيل فلا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المتعاقد مع ذي العاهتين أو العجز سيئ النية[١].

وبالمثل فإن قيام المساعد القضائي بابرام التصرف دون إشراك من تقررت المساعدة القضائية له، يجعل التصرف غير نافذ في مواجهة هذا الأخير[٣] .

ولكن ما هو الحل إذا امتنع المساعد أوالخاضع للمساعدة عن المشاركة في إبرام التصرف محل المساعدة ؟

تجيب المادة ٧١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على هذا التساؤل، إذ ميزت بين فرضين : **الأول : امتناع المساعد القضائي :** في هذا الفرض يجوز لمن تقررت المساعدة القضائية لصالحه أن يرفع الأمر إلى المحكمة، والتي يجوز لها أن تأذن للخاضع للمساعدة بإبرام التصرف منفردا، أو أن تعين له شخصا آخر يساعده في إبرامه وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها. ويشترط لكي تمارس المحكمة هذه السلطة أن تتأكد أولا أن امتناع المساعد القضائي في غير محله .

---

(١) د. حسن كيرة : ص ٥٩٥ .

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني : أصول القانون - القاهرة - ١٩٨٨ - ص ٥٤٠.

أما في الفرض الثاني وهو : **إمتناع الشخص الذي تقررت المساعدة لصالحه** : فإنه يجوز للمساعد في هذه الحالة رفع الأمر إلى المحكمة إذا كان امتناع الخاضع للمساعدة عن المشاركة في إبرام التصرف يعرض أمواله للخطر، وهنا يجوز للمحكمة أن تأذن للمساعد بالإنفراد بإجراء التصرف دون معاونة الخاضع للمساعدة. وحينئذ يصبح المساعد نائبا عن ذي العاهتين أو العجز في شأن هذا التصرف وحده، وليس مجرد معاون له[١].

وإذا كان تقرير المساعدة القضائية لا يتم إلا بقرار من المحكمة، فهو أيضا لا يزول إلا بقرار مماثل من المحكمة برفع أو إنتهاء المساعدة[٢].

---

(١) د. الأهواني : المرجع السابق – ص ٥٤٠ – وفيما يلي نص المادة ٧١ :

" وإذا امتنع عن الاشتراك في التصرف جاز رفع الأمر للمحكمة، فإن رأت أن الإمتناع في غير محله أذنت للمحكوم بمساعدته بالإنفراد في إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة في إبرامه وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها. وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد لإجراء التصرف ".

(٢) د. حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٩٥.

ثانيا : المانع المادي (الغيبة)

الغائب إما شخص لا تعرف حياته من مماتــه وهــذا هــو المفقود الذي سبق لنا الحديث عنه عند دراستنا لانتهاء الشـــخصية القانونية للإنسان، وقد تكون حياة الغائب محققة ولكن موطنه غــير معروف، أو يكون موطنه خارج مصر بحيث يستحيل عليــه إدارة شئونه بنفسه. وقد استتبع ذلك القول بأن كل مقود غائب، ولكن ليس كل غائب مفقود.

ويتمتع الغائب بأهلية أداء كاملة، غير أن ظروفــه تقضــي بتعيين نائب أو وكيل عنه يتولى إدارة شئونه أثناء فــترة الغيبــة، وهذا ما تقضي به المادة ٢٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لســنة ١٩٥٢ حيث أجازت تعيين وكيل عن الغائب بواســطة المحكمــة يتولى إدارة شئونه، ويشترط لتعيين هذا الوكيل عن الغائب ما يلي:

١- أن يكون قد مضى على غيابه مدة سنة أو أكثر.

٢- أن يكون الغائب مفقودا لا تعرف حياته من مماته، أو يكــون مجهول الموطن أو غائبا ومقيما بموطن خـــارج الأراضـــي المصرية ويستحيل عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشــرف على من ينيبه في إدارتها .

٣- ألا يكون الغائب قد عين وكيلا عنه أثناء غيبته، إذ لا يكـــون هناك محل لتعيين وكيلا آخر من قبل المحكمـــة، بـــل تقـــر المحكمة الوكيل المعين فقط.

٤- أن يترتب على الغيبة تعطل مصالح الغائب، وإلا لمـــا جـــاز تعيين وكيلا عنه .

٥- أن يكون الغائب كامل الأهلية : لأنه إذا كان ناقص الأهليـــة أو عديمها فإن النائب القانوني أو الوصي أو القيم يتولى إدارة شئونه، وبالتالي لا يجوز اللجوء للوكالة القضائية[١] .

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة أن تعين وكيلا عـن الغائب يتولى إدارة شئونه، أو تثبيت الوكيل الذي عينه الغـــائب إذا توافرت فيه الشروط المتطلبة قانونا في الوصي، وتتعلـــق بحســـن السير والسلوك والسمعة والأمانة، ففي هذه الحالـــة يجـــب علـــى المحكمة تثبيت هذا الوكيل[٢]، فإذا لم تتوافر في الوكيل هذه الشروط تعين المحكمة شخصا غيره.

ولما كانت الغيبة مجرد مانع مادي، فإنها تنتـــهي وتـــزول آثارها بزوال سببها سواء بعودة الغائب أو استطاعته تولى شئونـــه

---

(١) د. حسام لطفي : المرجع السابق - ص ١٧٢، ص ١٧٣.

(٤) مادة ٧٥ من قانون الولاية على المال .

بنفسه أو الإشراف على من ينيبه في إدارتها رغم الغيبة، كما أن الغيبة تنتهي بموت الغائب أو بالحكم باعتباره ميتا[١].

ثالثا : المانع القانوني (الحكم بعقوبة جناية)

تقضي المادة ٤/٢٥ من تقنين العقوبات بأن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله وأملاكه. ويجوز له تعيين قيم تقره المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته لكي يباشر هذه التصرفات نيابة عنه .

فإذا لم يقم المحكوم عليه باختيار هذا القيم، فإن المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها موطنه تقوم بتعيين قيما له بناءا على طلب النيابة العامة أو من له مصلحة في ذلك.

ومنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية يعتبر عقوبة

---

(١) مادة ٧٦ من قانون الولاية على المال، وانتهاء الغيبة في هذه الصور لا يستلزم صدور قرار من المحكمة لأن الغائب شخص كامل الأهلية ومتى ظهر أو علم موطنه أو محل إقامته أو زالت الظروف التي كانت تحول دون توليه شئونه لم يعد ثمة محل لاستمرار الوكيل عنه في مباشرة الوكالة، وحينئذ تقرر المحكمة انتهاء مهمة الوكيل ، راجع : د/ رمضان أبو السعود : ص ٧٧٥.

تبعية توقع على كل من حكم عليه بعقوبة جناية[١] ، وذلك خــــلال فترة تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وإذا قام المحكوم عليه بعقوبة جناية بإبرام تصرف قانوني دون إذن من المحكمة المدنية التي يقع فــــي دائرتها محل اقامته وقع التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً[٢] ، لتعلــــق المنع من التصرف إلا بإذن المحكمة بالنظام العام[٣].

ويتضح من ذلك أنه ليس للقيــــم أن يتصــــرف فــــي مــــال المحكوم عليه، بل يبقى لهذا الأخير سلطة التصرف فيــــه بعــــد أن تأذن له المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته بذلك[٤].

ويزول المانع بالإفراج عن المحكوم عليه حتى ولــــو كــــان إفراجاً شرطياً، فتعود إلى المفرج عنه سلطته في التصرف وفــــي إدارة أمواله ويقدم له القيم حساباً عن إدارته .

---

(١) وهى الإعدام والأشغال الشاقة والسجن . فلا يرجع فقدان الأهلية هنا إلى فقــدان التمييز وإنما يعتبر عقوبة تبعية للحكم بعقوبة جناية .

(٢) د. نعمان جمعة : المرجع السابق – ص ٤٠٦، وتقع باطلة أعمال الإدارة التــي يقوم بها المحكوم عليه .

(٥) فموافقة المحكمة على هذا النحو تعتبر شرطا لانعقاد تصرف المحكوم عليــه : د. عبد المنعم البدراوي : المرجع السابق – ص ٦٤٤.

(٦) وتتمثل الحكمة في استئذان المحكمة في أن يحرم المحكوم عليه من الإســتعانة بماله للتمكن من الهرب والنجاة من العقوبة أو التخفيف من قيود تنفيذهــا، د/ حسن كيرة : المرجع السابق – ص ٥٩٣.

البنــــد الرابــــــع

" أحكـــــام الولاية على المـــــال "

سبق أن أشرنا إلى أن الولاية تختلف عن أهلية الأداء، حيث تتمثل الولاية في قدرة أو سلطة قانونية تثبت لشخص معيـــن فـــي مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أوحتى كاملي الأهلية ممن تقوم بهم بعـــض موانعـــها، وتنصرف آثار هذه التصرفات إلى هؤلاء الأشخاص .

أما أهلية الأداء فقد سبق القول بأنها صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية باسمه ولحسابه .

والولاية نوعان : ولاية على النفس وتنصب على شـــخص ونفس المولى عليه مثل ولاية الحضانة والتعليم والتزويج وهى مـن مسائل الأحوال الشخصية البحتة ولا يتسع المجال لدراستها .

أما الولاية على المال فستكون محل الدراسة ومحلها مـــال الشخص الخاضع لها، وقد نظم المشرع المصري أحكامـــها بعـــدة قوانين كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وقـــد أحال القانون المدني المصري إلى تلك القوانين الخاصة وذلك فـــي

المادة ٤٧[١].

ولما كانت الولاية تقوم على تعيين شخص يتولى مباشرة شئون شخص آخر ناقص الأهلية أو عديمها او لديه مانعا يحول بينه وبين مباشرتها، فإن تسمية هذا الولى تختلف بحسب حالة المشمول بالولاية فإذا كان قاصرا لم يبلغ سن الرشد بعد عين له وليا أو وصيا، وإذا كان مريضا بالجنون أو العته أو سفيها أو ذي غفلة أو حكم عليه بعقوبة جناية عين له قيما، ويسمى مساعد قضائي إذا عين على شخص مصاب بعاهتين أو بعجز جسماني شديد، وأخيرا يسمى وكيل قضائي إذا عين عن الغائب .

وقد يعين هذا الشخص عن طريق القانون مباشرة، أو بحكم القضاء أو بإرادة الشخص المطلوب شموله بالولاية .

وسوف نقصر الدراسة على الولى والوصي، مكتفين بما سبق ذكره بخصوص القيم والمساعد القضائي والوكيل عن الغائب، فضلا عن أن المشرع قد أحال بشأنهم إلى أحكام الوصاية والولاية[٢] وبذلك تسري عليهم الأحكام الخاصة بالولى والوصى إلا ما استثنى.

---

(١) حول أحكام الولاية على المال بالتفصيل راجع : د/ رمضان ابو السعود : المرجع السابق ذكره – ص ١٧٦ وما يليها ، د/ ابراهيم أبو الليل، د/ محمد الألفي : المرجع سالف الذكر – ص ٢١٨ وما بعدها .

(٢) مادة ٧٨ من قانون الولاية على المال .

أولا : الأحكام الخاصة بالولى :

تقدم أن الولاية نوعان : ولاية على النفس ، وولاية على المال، وتنصب الأولى على شخص ناقص الأهلية أو عديمها كولاية الحضانة وولاية التزويج، ومثل هذه المسائل تدخل في دراسة الأحوال الشخصية ولذا تخرج عن نطاق دراستنا .

أما الولاية على المال فإنها تتعلق بمال عديم أوناقص الأهلية حيث يقوم الولى أوالوصى بمباشرة التصرفات القانونية لحساب الصغير أو ناقص الأهلية، فضلا عن إدارة أموال هذا الأخير.

وتستمد أحكام الولاية على المال من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، حيث أحال القانون المدني إلى مثل هذا القانون الخاص - وغيره - في المادة ٤٧.

وسوف نحدد المقصود بالولى، ثم نبين سلطاته وواجباته، وأخيرا نختم بدراسة وقف الولاية وسلبها وانقضائها .

(أ) المقصود بالولى :

جرى إطلاق كلمة " ولى " على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، وقد اتبع المشرع نفس

المعنى في قانون الولاية على المال[١]، حيث بينت المادة الأولى من قانون الولاية على المال أن الولى هو الأب فإذا لم يوجد تكون الولاية للجد الصحيح أى الجد لأب مهما علا (أبو الأب - جد الأب ... الخ).

فالولى إذن هو من تكون له الولاية قانونا على أموال ناقص أو عديم الأهلية، سواء أكان الأب ، أو الجد الصحيح.

وهكذا أخذ قانون الولاية على المال بالمذهب الحنفي في ترتيب أصحاب الولاية على مال القصر حيث تثبت الولاية للأب إذ أنه أحق من غيره بذلك، ثم تثبت للجد الصحيح أى لأبي الأب بشرط ألا يكون الأب قد اختار وصيا للقاصر، فإذا كان الأب قد اختار وصيا توافرت فيه الشروط المتطلبة في الأوصياء ، كانت الولاية لهذا الوصى المختار دون الجد [٢].

ثم تثبت الولاية بعد الجد الصحيح لمن تعينه المحكمة من الأوصياء .

وتتقرر الولاية على مال القاصر بقوة القانون، فلا يشترط لثبوت الولاية صدور قرار من المحكمة بذلك، لأنها ولاية طبيعية

---

(١) د. حسن كيرة المرجع السابق - ص ٥٩٨.

(٢) المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

تفرضها صلة الدم المباشرة بين الأب أو الجد من ناحية والقاصر من ناحية أخرى، ونتيجة لذلك لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية إلا بإذن المحكمة[١].

وبديهي أنه لا يجوز للولى أن يباشر أى حق من حقوق الولاية إلا إذا كان أهلا لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بأمواله هو[٢]، وذلك محافظة على أموال القاصر، فضلا عن أن المنطق يفرض ذلك إذ أن فاقد الشيئ لا يعطيه.

لذلك فإنه إذا كان الأب - أو الجد- أهلا لمباشرة بعض الحقوق التي تشملها الولاية دون البعض الآخر، فإن ولايته تقتصر على الحقوق التي توافرت لديه الأهلية الكاملة لمباشرتها دون باقي الحقوق، وفي هذه الحالة تعين المحكمة وصيا خاصا لمباشرة الحقوق الأخرى[٣].

وتثبت الولاية للأب أو الجد على كل أموال القاصر كقاعدة عامة، غير أن المشرع قد استثنى من ذلك الأموال التي يتم التبرع

---

(١) المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، ولا تأذن المحكمة بهذا إلا إذا وجد مبرر قوي.

(٢) المادة الثانية من ذات المرسوم.

(٣) مادة ٣١ / و من نفس المرسوم .

للقاصر بها إذا اشترط المتبرع ذلك، وذلك احتراما لرغبة المتبرع، وحينئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذه الأموال وإدارتها[١].

(ب) سلطات الولى وواجباته :

يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها طبقا لما يحدده القانون [٢] ، فالولاية تعطي للولى الحق في القيام بالتصرفات التي يعجز الصغير عن القيام بها بسبب نقص أو انعدام أهليته .

ويتمتع الولى بسلطة أوسع من سلطة الوصي، نظرا للرابطة القوية التي تربط الولى بالقاصر، وما يتوافر لديه من شفقة وعطف على القاصر [٣]، بحيث يفترض في الولى حرصه على مصلحة القاصر بنفس الدرجة التي يحرص بها على مصالحه الخاصة به، بل وربما يكون الأب أو الجد أشد حرصا على مصالح ابنه أو حفيده[٤].

---

(١) مادة /٣١ / د.

(٢) مادة /٤ من المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٣) د. على نجيدة : المرجع السابق – ص ١٧٠.

(٤) د. نعمان جمعة : المرجع السابق – ص ٤١١.

وتضيق سلطة الولى أو تتسع بحسب طبيعة التصرف الذي يباشره لحساب الصغير من ناحية، ويحسب ما إذا كان الولى هو الأب أو الجد من ناحية أخرى .

فهناك تصرفات مشتركة بين الجد والأب أى يجوز لأيهما القيام بها، كما أن هناك من التصرفات ما يجوز للأب فقط القيام بها دون الجد وذلك على النحو الآتي :

سلطات الأب والجد (السلطات المشتركة) :

أجاز قانون الولاية على المال للولى جدا كان أو أبا أن يقوم بالآتي :

١- التبرع من مال الصغير لأداء واجب انساني أو عائلي بشرط الحصول على إذن مسبق من المحكمة .

٢- التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه إلى الدرجة الرابعة بشرط الحصول على إذن مسبق من المحكمة .

٣- اقراض مال القاصر أو اقتراضه بشرط الحصول على إذن مسبق من المحكمة [٢].

---

(١) مادة / ٥ .

(٢) مادة /٩ .

٤- تأجير عقار القاصر لمدة لا تتجاوز سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، أمـــا إذا كان هذا التأجير يمتد لمدة تزيد على السنـــــة التالية لبلوغ القاصر سن الرشد، فيلزم الحصـــول علـــى إذن مسبق من المحكمة [١].

٥- الاستمرار في تجارة آلت إلى القاصر بشرط الحصول علـــى إذن مسبق من المحكمة وفي حدود هذا الإذن[٢].

٦- التصرف في الأموال التي آلت إلى القـــاصر عـــن طريـــق الميراث ما لم يكن المورث قد أوصـــى بمنـــع الولـــى مـــن التصرف فيها ، إلا إذا أذنت المحكمة بهذا التصرف وتم تحت إشرافها[٣].

٧- قبول الهبات والوصايا التي لا تقترن بأى التزام يقـــع علـــى عاتق القاصر، أما إذا كانت هناك التزامات تقع علـــى عـــاتق القاصر مقابل الهبة أو الوصية ففي هذه الحالة لا يجوز للولى قبولها إلا بعد الحصول على إذن مسبق من المحكمة [٤].

٨- الإنفاق على نفسه من مال القاصر إذا كانت نفقته واجبة عليه، وكذلك يجوز للولى الانفاق من مال القاصر على من تجـــب على الصغير نفقته [٥].

---

(١) مادة / ١٠ .
(٢) مادة / ١١ .
(٣) مادة / ٨ .
(٤) مادة / ١٢ .
(٥) مادة / ١٧ .

سلطات الأب الخاصـــة :

قدر المشرع أن الأب يكون أكـــثر عطفـــا وشــفقة علـــى الصغير، وأشد حرصا على مصالحه وأمواله من الجد، لذا فقد أجاز القانون للأب أن يقوم ببعض التصرفات في مال القاصر ، وحظـــر على الجد القيام بها، وأهم هذه التصرفات ما يلي :

١-يجوز للأب التصرف في عقار القاصر أو محله التجـــاري أو الأوراق المالية التي يملكها ما لم تزد قيمتها علـــى ثلاثمائـــة جنيه[١]، فإذا زادت القيمة عن ذلك وجب على الأب الحصـــول على إذن من المحكمة قبل القيام بالتصرف[٢] .

أما الجد فإنه يلتزم في كل الأحوال بـــالحصول علـــى إذن مسبق من المحكمة بصرف النظر عن قيمة المال أى حتى ولو قلت قيمته عن ثلاثمائة جنيه .

---

(١) ويلاحظ أن هذه القيمة أصبحت قليلة ويجب رفعها في الوقت الحـــالي، ولتكـــن ٣٠٠٠ جنيه على الأقل.

(٢) ويلاحظ أن العبرة بقيمة العقار وقت التصرف فيه، وليس وقت شرائه، انظـــر في ذلك :

- نقض مدني : ١٩٧٩/٥/٢٢ - مجموعة أحكام النقض - س ٣٠ - رقم ٢٥٩ - ص ٤٠٨. - ولا بد من الحصول علـــى إذن المحكمـــة إذا زادت قيمـــة المـــال عن ثلاثمائة جنيه، حتى ولو كان العقار قد آل إلـــى القـــاصر عـــن طريق التبرع من الوصي : نقض مدني: ١٩٨٦/٣/٢٠ - طعن رقـم ١١٩٢ لسنة ٥٢ ق.

وطبقا للمادة السابعة من قانون الولاية على المال، فإنـــه لا يجوز للمحكمة أن ترفض إعطاء الإذن للأب بالتصرف في أمـوال القاصر من عقار أو محل تجاري أو أوراق مالية، إلا في إحـــدى الحالتين الآتيتين :

أ - إذا كان من شأن التصرف جعل أموال القـاصر فـي خطـر، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر مدى توافر هذا الخطر[١].

ب - إذا كان في التصرف غبنا يزيد على خمس القيمة، أى كـــان ثمن التصرف أقل من الثمن الحقيقي للمال بمقدار يزيد علـى الخمس .

أما في حالة الجد، فإنه يجوز للمحكمة رفض الإذن حسـبما تراه على ضوء ظروف كل حالة على حده.

٢-يجوز للأب التصرف في المال الذي تبرع به للصغير ، بـأى صورة من صور التصرف دون أن يلتزم بتقديم حساب عـــن هذا المال، سواء أكان التبرع صريحا أو مستترا[٢]. على حيـن يسأل الجد عن مال الصغير حتى ولو كان قد تبرع له به .

---

(١) د. حسام لطفي : المرجع السابق - ص ١٨٢.

(٢) مادة / ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٣-كذلك يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر على خلاف القواعد العامة، وسواء أكان التعاقد لحساب الأب أم لحساب شخص آخر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك صراحة[١] . أما الجد فلا يجوز له ذلك إلا بإذن المحكمة .

٤-أيضا فإنه يجوز للأب التصرف في ربع مال القاصر دون أن يلزم بتقديم حساب عن هذا الريع، إلا إذا كان ريعا لمال موهوب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة[٢]. على حين يلتزم الجد بتقديم حساب عن إنفاقه لهذا الربع دائما[٣].

٥-يجوز للأب أن يتصرف في مال الصغير أو يتصالح عليه أو يتنازل عن تأمينات ضامنة لحقوقه أو يضعفها في بعض الحالات، أما الجد فلا يستطيع القيام بأى أمر من هذه الأمور إلا إذا أذنت له المحكمة بذلك[٤].

---

(١) مادة / ١٤ - فللأب خاصة أن يبيع أو يؤجر لنفسه مالا مملوكا للقاصر.

(٢) مادة ٢/٢٥ (٣) مادة / ٢٦.

(٤) مادة / ١٥. بيد أنه يشترط حصول الأب على إذن المحكمة في الأحوال الآتية :

أ - إذا زادت قيمة المال (عقار - أو محل تجاري - أو أوراق مالية) عن ٢٠٠ جنيه. ب - إذا كان المال موروثا وكان المورث قد أوصى بعدم تصرف الولى فيه. جـ - إذا تم الصلح او التنازل أوالتصرف في صورة إقراض أو اقتراض من مال القاصر، ففي هذه الحالات الثلاثة يلزم حصول الأب على إذن المحكمة مثله في ذلك مثل الجدتماما. وفيما عدا ذلك لا يشترط حصول الأب على إذن المحكمة .

وإذا كان الولى - أبا كان أم جدا - يتمتع بالسلطات السـابقة، فإنه يمكن القول بأن الأب أو الجد يستويان بخصوص التصرفـات النافعة نفعا محضا حيث تكون لهما سلطة إبرام هذه التصرفـات إلا في حالة قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة، حيث يلزم حصول الولى على إذن المحكمة كما سبق ذكره، فضلا عـن تشابه سلطة الأب والجد في حالة التصرفـات الضـارة ضـررا محضا، إذ يمتنع على كل منهما القيام بهذه التصرفات أساسا إلا في حالة التبرع من مال القاصر لأداء واجب إنساني أوعـائلي وبعـد إستئذان المحكمة .

أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإن سلطة الأب فيما يتعلق بأعمال التصرف تكون أوسع من سلطة الجد وذلك على ضوء ما ذكرناه في خصوص سلطات الأب الخاصة .

وهذا الاختلاف في السلطات بيـن الأب والجـد، اسـتتبع اختلافا في المسئولية ، إذ بينما لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم، فإن الجد يسأل حتى عن خطئه العادي اليسير(١).

واجبات الولـى :

فـي مقابل السلطات التي منحها المشرع للولى ، هنـاك

---

(١) مادة / ٢٤.

واجبات فرضها عليه حتى يتحقق الهدف من الولاية ألا وهو رعاية مصالح القاصر وعديم الأهلية، وهذه الواجبات من أهمها :

١-يجب على الولى عند بدء تولي مهمته جرد أمـوال القـاصر وتحرير قائمة بها، وإيداع تلك القائمة قلم كتاب المحكمة التـي يقع بدائرتها موطنه خلال شهرين من بدء الولايـة . وعلـى الولى تحرير قائمة مماثلة، بما يؤول للقاصر من مال وإيداعها قلم كتاب المحكمة في خلال شهرين من هذه الأيلولة [١]. وفـي حالة إخلال الولى بهذا الإلتزام فإنه يجوز للمحكمة أن تجعـل من مثل هذا الإخلال سببا من أسباب سلب الولايـة أو الحـد منها[٢]. نظرا لما قد يؤدي إليه ذلك من تعريض مال القـاصر للخطر [٣].

٢-كذلك يجب على الولى عدم التنحي عن الولاية إلا إذا أذنت لـه المحكمة بذلك[٤].

٣-وعليه رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيهـا بالحدود

---

(١) مادة ٢/١٦.　　　(٢) مادة / ٢٠.

(٢)مادة ٢/١٦ . حيث قضت بسريان هذا الجزء (سلب الولاية أو الحد منها) فـي حالة عدم تقديم القائمة المذكورة أو التأخير في تقديمها .

(٣)المادة الأولى .

والشروط المحددة في ظل قانون الولاية على المال[١] ، حيث لا يجوز له مباشرة أى حق من حقوق الولاية إلا إذا كانت لديه الأهلية لمباشرته فيما يتعلق بأمواله هو، كما يجب عليه مراعـــاة حـــدود الولاية وعدم الخروج عليها وإستئذان المحكمة حيث يوجب القانون ذلك .

٤-وأخيرا فإنه يجب على الولى أن يقوم برد أموال القاصر إليـــه عند بلوغه سن الرشد[٢]. وهذا الواجب يقع على عاتق الولـــى ويمتد إلى ورثته، حيث يلتزم هؤلاء برد أموال القاصر عنـــد بلوغه سن الرشد.

ج - وقف وسلب وانقضاء الولاية :

تقضى المحكمة بوقف الولاية إذا كان الولى غائبا أو معتقلا لتنفيذ حكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة[٣]، إذ يقـــوم

---

(١) مادة /٤ . وقد قضى بأنه إذا جاوز الولى حدود ولاتيه، فإنه يفقد صفة النيابـــة عن الصغير ولا ينتج العمل الذي قام به أى أثر في مواجهة القـــاصر : نقـــض مدني : ١٩٧٧/١/٣١ – مجموعة المكتب الفنـــي – س ٢٨ – رقـــم ٦٤ – ص ٣١٠.

(٢) مادة / ٢٥ .

(٣) مادة / ٢١ .

بالولى في هذه الأحوال مانعا من موانع الأهلية، ولايصبح أهلا لإدارة ماله والتصرف فيه، فمن باب أولى فهو ليس أهلا للولاية على الغير.

وقد لا تكتفى المحكمة بوقف الولاية، بل تسلبها كلية أو تحد منها في إحدى حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان الولى مقصرا أو سئ التصرف بحيث يعرض أموال القاصر للخطر، ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تحد من ولايته أو تسلبها(١).

والمحكمة هى التي تقدر ما إذا كان تقصير الولى أو سوء تصرفه يؤدي إلى تعريض أموال القاصر للخطر، وسلطتها تقديرية في هذا الشأن (٢).

والحالة الثانية : إذا سلبت الولاية على نفس الصغير ، فإنها تسقط أو تسلب أيضا على ماله ، لأن من لايؤتمن على نفس الصغير لا

---

(١) مادة / ٢٠ .

(٢) وقد حكم بأن المشرع لم يحدد أسباب سلب الولاية أو الحد منها على سبيل الحصر، بل ضرب لها مثلا سوء تصرف الولى، وأنه ترك للمحكمة مطلق الحرية في تقدير أى سبب تتبينه يؤدي إلى تعريض أموال القاصر للخطر دون استلزام بلوغ هذا السبب مبلغ الجريمة أو وجوب تعليق الفصل فى سلب الولاية على الفصل في الدعوى الجنائية إذ كانت قد أقيمت أصلا : نقض مدنى : ١٩٧٦/١٢/٢٩ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٧ - رقم ٣٣٨ - ص ١٨٤٧.

يؤتمن كذلك على ماله[١].

وإذا تم وقف الولاية أو سلبها فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى الوقف أو السلب. وإذا رفضت المحكمة طلب عودة الولاية الموقوفة أو المسلوبة، فلا يجوز تقديم طلب جديد بعودتها إلا بعد مرور سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض[٢].

وتنتهي الولاية التي لم يتم وقفها أو سلبها بقوة القانون عند بلوغ القاصر سن الرشد، مالم يصدر حكم قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية عليه[٣] ، لإصابته بالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة. كما تعود الولاية إذا صدر حكم قضائي بعودتها بعد بلوغ سن الرشد لقيام سبب من أسباب الحجر.

---

(١) مادة / ٢٢ .

– بيد أن سلب الولاية على المال لا يؤثر على بقاء الولاية على النفس، وتطبيقا لذلك قضى بأن سلب ولاية الأب على مال ابنته لا يؤثر في ولايته على نفسها، لأن المال دون النفس والعرض والشرف، وسلب ولايته على الأدنى لا يوجب سلبها على ما فوقه : محكمة الفيوم الشرعية الجزئية ١٩٣٥/٨/٢٧ – مجلة المحاماة الشرعية – س ٧ – ص ٢٢٢.

(٢) مادة / ٢٣.

(٣) مادة / ١٨ .

ثانيا : الأحكام الخاصة بالوصى :

إذا اختار الأب وصيا على ابنه قبل وفاته، سمى الوصى في هذه الحالة بالوصى المختار،وهو يقدم على الجد الصحيح. ويجب أن يكون هذا الإختيار ثابتا بورقة رسمية أو عرفية مصدق على التوقيع فيها أو مكتوبة بخط الأب وموقعه منه، ويقتصر دور المحكمة في هذه الحالة على تثبيت هذا الوصى [1] . ويجوز للأب أن يعدل عن اختياره.

ولكن إذا لم يختر الأب وصيا، ولم يكن للصغير جد، فإن المحكمة هى التي تتولى تعيين الوصى على الصغير،ويسمى بالوصى المعين في هذه الحالة (مادة ٢٩).

فالوصى إذن هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية على مال الصغير سواء بالاختيار من قبل الأب أو بالتعيين

---

(١) مادة /٢٨ . ويلاحظ أن قانون الولاية على المال يقصر حق اختيار الوصى على الأب دون الجد، فليس لهذا الأخير أن يختار وصيا يحل محله بعد وفاته على مال ابنه، أما فقهاء الحنفية فانهم يعطون للجد أيضا حق اختيار الوصى : راجع في ذلك :

- الشيخ : عبد الوهاب خلاف : أحكام الأحوال الشخصية - ص ٢٥١.

من قبل المحكمة[١]، وفي كل الأحوال لابد من صدور قرار بتثبيت الوصي أو بتعيينه بواسطة المحكمة .

وسوف نوضح الشروط الواجب توافرها في الوصى، ثم سلطاته وواجباته وأخيرا نبين كيفية إنتهاء الوصاية، وذلك كما يلي:

(أ) الشروط الواجب توافرها في الوصى :

يتطلب المشرع توافر عدة شروط في الوصى أيا كانت طريقة تعيينه بغية التأكد من أن الوصى جدير بأن يرعى مصلحة وشئون القاصر، وأهم تلك الشروط هى :

١- يشترط بداهة أن يكون الوصى كامل الأهلية .

٢- وأن يكون عدلا كفؤا أمينا، وهذا يستلزم[٢] :

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٦٠٤.

- وفضلا عن ذلك يجوز لمن يوصي للصغير بمال ويشترط ألا يدخل في نطاق الولاية، أن يختار للصغير وصيا خاصا بالمال المتبرع به، ويتم تثبيت الوصى بواسطة المحكمة كما في حالة الأب، وهناك حالات أخرى للوصى الخاص : انظر : د. حسن كيرة : ص ٦٠٥.

(٢) مادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . وقد استقينا هذه الشروط من نص المادة ٢٧ الذي نص على عدم جواز تعيين الوصى الذي يتوافر لديه أمر من هذه الأمور، إذ يعتبر ذلك بمفهوم المخالفة بمثابة شروط متطلبة فيمن يعين وصيا .

أ - ألا يكون قد حكم عليه لجريمة كانت تقتضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو كان في ولايته .

ب - ألا يكون محكوما عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة، ومع ذلك يجوز عند الضرورة التغاضي عن هذا الشرط إذا كان قد مضى على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات .

جـ- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

د- أن يكون لديه وسيلة مشروعة للتعيش.

هـ - ألا يكون قد حكم بشهر إفلاسه، ما لم يحكم برد إعتباره.

و- ألا يكون قد سبق سلب ولايته أو عزله من الوصاية على قاصر آخر.

ز- الا يكون الأب قد قرر قبل وفاته حرمانه من التعيين متى كان هذا الحرمان مبنيا على أسباب قوية تبرر ذلك في نظر المحكمة.

ويشترط أن يكون ذلك ثابتا في ورقه رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

حـ- ألا يكون بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي، كما يشترط أيضا ألا توجد بينه وبين

القاصر أو عائلته عداوة تقوم معها خشية علـــــى مصلحـــة الصغير[١].

٣- ويشترط فضلا عن ذلك أن يكون الوصى من الطائفة الدينيـــة للقاصر وإلا فمن أهل دينه على الأقل[٢].

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمحكمة أن تعين أكثر مـــن وصى إذا كانت ظروف القاصر تســتلزم ذلــك، وحينئــذ يجــب اشتراكهم في إدارة شئون القاصر حسبما هو محدد لكل منهم، وفــي حالة اختلافهم يعرض الأمر على المحكمة لحسم الـــنزاع بينـــهم، ولكن يجوز لأى من الأوصياء الإنفراد بإدارة شئون القاصر فـــي الأمور العاجلة وعند الضرورة، وفي كل ما يعتبر نافعا نفعا محضا للقاصر[٣] .

كما تجب ملاحظة أن الوصاية ليست واجبــا كالولايــة، إذ يستطيع الوصى أن يعتذر عن قبول الوصاية، أو أن يتنحى عنــها ، ويجوز للمحكمة أن توقفه أو تعزله من الوصاية إذا كـــان هنـــاك مبرر.

---

(١) والقاضي هو الذي يقدر مدى تأثير العداوة أو النزاع على مصلحة الصغـــير، إذ أن وجود النزاع في حد ذاته ليس من شأنه انتفاء شرطى العدل والكفاءة .

(٢) مادة /٢٧. (٣) مادة /٣٠ .

(ب) واجبات الوصى وسلطاته ورقابته :

يقع على عاتق الوصى عدة واجبات، ويتمتع فـــي المقـــابل ببعض السلطات، وذلك على النحو الآتي :

- **واجبات الوصى**

١-تسلم أموال القاصر ورعايتها مع بذل عناية الوكيل المـــأجور ، أي عناية الشخص المعتاد الحريص على رعاية ماله حتى ولو لم يحصل الوصى على مقابل وصايته[1].

٢-دفع التأمينات التي قد ترى المحكمة إلزامه بها وبالقيمة التـــي تراها مع احتساب مصروفات تقديـــم هـــذه التأمينـــات علـــى القاصر[2].

---

(١) والحكمة من التشدد مع الوصى في هذا الصدد، تتمثل في أن الصغير ضعيـــف بحيث لا يمكن التهاون في عناية الوصى بشئونه حتى ولـــو كـــان متطوعـــا ، خاصة وأن الأصل في الوصاية ألا تكون بأجر، د. على نجيدة : المرجع السـابق – ص ١٧٥.

(٢) مادة ٣٧ – كأن يقدم الوصى رهنا رسميا .
– وتكمن الحكمة من تقديم هذه التأمينات في أنها تمثل ضمانا لأموال القـــاصر وهى تحت يد الوصى من تقصيره في حفظها، د. حسن كيرة : ص ٦٠٦.

٣-ويجب على الوصى فضلا عن ذلك ألا يتجاهل حدود الوصاية، ولذا يجب عليه ألا يغفل الحصول على إذن المحكمة في الحالات التي يشترط فيها ذلك(١).

٤-كذلك يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوي وما يتخذ ضده من إجراءات التنفيذ وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة(٢).

٥-ويلتزم الوصى بإستئذان المحكمة في قسمة مال الصغير بالتراضي، على أن يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من مراعاة أسس القسمة التي حددتها المحكمة(٣).

٦-وعلى الوصى إيداع أموال القاصر خزينة المحكمة أو أحد المصارف باسم القاصر بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المال ، ولا

---

(١) ويلاحظ أن عدم الحصول على هذا الإذن يجعل التصرف قابلا للإبطال لمصلحة القاصر، نقض مدني : ١٩٧٨/٢/٢ - مجموعة المكتب الفني - س ٢٩ - رقم ٧٧ - ص ٣٨٦.

(٢) مادة / ٤٢.

(٣)مادة / ١/٤٠ .

يجـوز للوصى أن يسحب من هذا المال المودع أى مبلـغ إلا إذا أذنت له المحكمة بذلك[١].

٧-ويلتزم الوصى أيضا بتقديم حساب مؤيد بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل عام إذا كانت أموال القاصر تزيد علـى خمسمائة جنيه، كما يجوز للمحكمة أن تلزمـه بتقديـم هـذا الحساب حتى ولو قلت قيمة أموال القـاصر عـن خمسـمائة جنيه[٢].

٨-وأخيرا يجب على الوصى أن يقوم بتسـليم أمـوال القـاصر ومستنداته خلال ثلاثين يوما من إنتهاء الوصاية سواء ببلـوغ القاصر سن الرشد أو باستقالة الوصى أو بعزله ، كما يلـتزم ورثة الوصى أو القيم عليـه - عنـد الحجـر عليـه - بـهذا التسليم[٣].

- **سلطات الوصـى :**

بداءة ننوه إلى أن سلطات الوصى أضيق نطاقا من سـلطات الولى، إذ أنه من غير المتصور أن يتساوى أى شخص سواء كـان

---

(١) مادة ٤٤.   (٢) مادة ٤٥ .

(٣) وفي حالة إخلال الوصى بهذا الالتزام يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علـى سـنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

قريبا أم أجنبيا مع الأب أو الجد الصحيح في العطف والشفقة والحرص على مصلحة القاصر.

ولتوضيح سلطات الوصي يحسن أن نفرق بين التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر، وتلك الضارة ضررا محضا، والدائرة بين النفع والضرر :

١- ففي نطاق التصرفات النافعة نفعا محضا :

تكون سلطة الوصي بالنسبة لهذه التصرفات مثل سلطة الولي تماما، فيجوز للوصي قبول الهبات والتبرعات لصالح القاصر، اللهم إلا إذا اقترنت تلك الهبات أو التبرعات بالتزامات تقع على عاتق القاصر، ففي هذه الحالة يجب على الوصي أن يحصل على إذن مسبق من المحكمة - مثله في ذلك مثل الولي - وإلا وقع التصرف باطلا بطلانا نسبيا(١).

٢- أما بالنسبة للتصرفات الضارة ضررا محضا :

فإنه ليس للوصي أن يباشر هذه التصرفات باسم القاصر، ويتساوى في ذلك مع الولي، إلا أنه يجوز للوصي - كما يجوز للولي - أن يتبرع من مال القاصر لأداء واجب عائلي أو إنساني

---

(١) نقض مدني : ١٩٨٦/١٢/١٠ - طعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٥٢ ق.

شريطة أن يحصل على إذن مسبق من المحكمة بذلك [١] .

٣- وفيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر :

نفرق بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف حيث تختلف سلطة الوصي في كل منهما وذلك على النحو التالي :

أ - أعمال الإدارة : للوصي كقاعدة عامة سلطة القيام بأعمال الإدارة، وهي تلك التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة القاصر وإنما تتعلق بما ينتجه المال من ثمار[٢] . فللوصي أن يقبض الديون ويفي بالديون، ويؤجر مال القاصر، والأصل أن الوصي ليس ملزما بالحصول على إذن المحكمة عند ممارسته لسلطة الإدارة[٣].

غير أن المشرع قد قيد سلطة الوصي في الإدارة بضرورة الحصول على إذن قضائي وذلك في الحالات الآتية :

١- إيجار الأراضي الزراعية لمدة تزيد على ثلاث سنوات، حيث يلزم حصول الوصي على إذن من المحكمة إن أراد تأجير

---

(١) مادة ٣٨.

(٢) إلا إذا تعلق الأمر بإجراء ضروري أوعاجل لحفظ مال القاصر أو لتجنب هلاكه ومثال ذلك بيع الثمار المعرضة للتلف.

(٣) كما يجوز للوصي مباشرة الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

الأراضي الزراعية المملوكة للقاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات[١]. ويكون لهذا المنع أهميته في الوقت الراهن خاصة في ظل القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ في شأن الإيجار الزراعي والذي أطلق حرية التأجير والاستئجار لما يبرم بعد صدوره من عقود وذلك فيما يتعلق بمدة الإيجار.

١- إيجار عقار القاصر (المباني والأرض الفضاء) لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة[٢] . وعلى ذلك فإنه لا يجوز للوصي أن يؤجر عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة إلا بعد الحصول على إذن المحكمة، أما إذا كان العقد غير خاضع للإمتداد القانوني كالإيجار المفروش فإن للوصي تأجير العقار دون الحصول على إذن من المحكمة طالما لا يمتد العقد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة[٣] .

٣- إيجار أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائبه إلا بعد إستئذان

---

(١) مادة ٣٩/٧.

(٢) مادة ٣٩/٨.

(٣) د. حسام لطفي : المرجع السابق – ص ١٣٩.

المحكمة[١].

ب ـ أعمال التصرف : وهى تلك الأعمال التي تمس جوهر الحق أى تنصب على رأس المال مباشرة ، وقد حظرت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال. على الوصى أن يقوم ببعض التصرفات إلا بعد الحصول على إذن مسبق من المحكمة .

وعلى ذلك فإنه لا يجوز للوصى القيام بالتصرفات الآتية بغير إذن من المحكمة [٢] :

١- جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .
٢- التصرف في المنقولات والحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة .
٣- الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .
٤- حوالة الحق والديون وقبول الحوالة .
٥- إستثمار الأموال وتصفيتها .

---

(١) مادة ١٥/٣٩.
(٢) مادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٦- اقتراض المال وإقراضه .

٧- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

٨- الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه - أى على القاصر - نفقتهم، إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ [١].

٩- الوفاء الإختياري بالإلتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر .

١٠- رفع الدعاوي إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له[٢] .

١١- التنازل عن الحقوق وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفضها، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام.

١٢- التنازل عن التأمينات أو إضعافها .

---

(١) حتى لا يضيع وقت المحكمة في النظر في طلب إذن لا تملك الإمتناع عن إصداره في حالة الحكم الواجب النفاذ بالنفقة .

(٢) ولا يحق لغير القاصر ومن شرع الإذن لصالحه ولرعاية أمواله أن يتمسك بعدم قبول الدعوى في حالة عدم الحصول على الإذن قبل رفعها إذ لا يصح لخصم القاصر التمسك بذلك :

- نقض مدني ١٩٥٦/١٠/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - س ٧ - رقم ١٢١ - ص ٨٤٧.

١٣- إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه .

١٤- ما يصرف في تزويج القاصر .

١٥- الإنفاق على تعليم القاصر أو تأهيله لمباشرة مهنة معينة .

١٦- قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، وفي هذه الحالة تلتزم المحكمة بتعيين الأسس التي تجرى القسمة على أساسها والإجراءات التي يجب إتباعها .

خلاصة ما تقدم أن الولاية تكون للمحكمة لا للوصى في هذه الحالات، فإذا أقدم الوصى على إبرام تصرف من تلك التصرفات فإن التصرف لا ينعقد مثله في ذلك مثل تصرف الوكيل خارج حدود الوكالة، فإذا ما رضيت المحكمة بعد ذلك بالتصرف فإنه ينعقد لأن رضاء المحكمة بمثابة قبول للإيجاب الصادر من الطرف الآخر (١).

---

(١) د. سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٧٨٦ : حيث يرفض سيادته وصف العقد بأنه باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا ، ولكنه يرى ان العقد يكون موقوفا على الإجازة، فهو عقد صحيح ولكنه غير نافذ كما يرى فقهاء الشريعة الإسلامية، ويشير الدكتور مرقس إلى أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، بها ما يؤيد الأخذ بهذا الوصف وإن لم يوجد في التقنين المدني، ويذكر بعض الفقهاء الذي أيدوا هذا الوصف : انظر : هامش رقم ١٧٧ – ص ٧٨٦،٧٨٧.

إلا أنه يجوز للوصى أن يباشر اعمال التصرف بـــدون إذن المحكمة وذلك في حالتين: **الأولى** : إذا اختلطت أعمال التصـــرف بأعمال الإدارة، **والثانية** : تكون في حالـــة انعـــدام الحكمـــة مـــن الحصول على إذن المحكمة[1].

- **رقابة الوصـــى :**

تبين أن المحكمة هى صاحبة الكلمة العليـــا فـــي إعطـــاء الوصى سلطة القيام بإدارة أموال القاصر أو التصرف فيها، وقـــد ألزم القانون الوصى بتقديم حساب عن إدارته أو وفقـــا لمـــا تـــراه المحكمة، ومن هنا يمكن القول بخضوع الأعمال والتصرفات التـــي يقوم بها الوصى لرقابة القضاء بغية التـــأكد مـــن حرصـــه علـــى مصلحة القاصر والعناية بشئونه.

وإذا ما قصر الوصى في أداء الواجبات المفروضة عليـــه، فإن للمحكمة سلطة الحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائـــة جنيـــه، ويجوز لها كذلك أن تحرمه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات[2].

---

(١) مادة ٢٩ / ثانيا وثالثا وعاشرا .

(٢) مادة / ٨٤.

وفضلا عن ذلك فقد أجاز القانون للمحكمة أن تعين مشـرفا يراقب الوصي في أداء واجباته[١] ، بحيث يلتزم المشرف بـإبلاغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما، ويجب على الوصي إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارته لأموال القاصر وأن يمكن المشرف من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الإدارة .

ويلتزم المشرف في حالة خلو مكان الوصي لأى سبب، أن يطلب من المحكمة اختيار وصي آخر، وحتى يتم هـذا الإختيار يجوز للمشرف أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضررا بمصلحة القاصر[٢].

(جـ) انتهاء الوصاية :

تنتهي الوصاية بطريق طبيعي أو بطريق تبعي، وذلك كما يلي :

١- **الطريق الطبيعي لانتهاء الوصاية :** تنتهي الوصاية بـزوال السبب الذي فرضت من أجله أى ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم

---

(١) مادة / ٨٠ . كما يجوز للمحكمة أن تعين مشرفا لمراقبة القيم أوالوكيل عن الغائب في إدارته .

(٢) مادة / ٨١.

يتقرر استمرار الوصاية عليه بقرار من المحكمة[١] ، وتنتهي الوصاية الخاصة بانتهاء العمل الذي استدعى فرضها أو بانتهاء المدة التي اقتضت تعيين الوصى المؤقت خلالها[٢].

كما تنتهي الوصاية بطريق طبيعي أيضا إذا مات القاصر الخاضع لها [٣].

٢- الطريق التبعي لإنتهاء الوصاية :

قد تزول الوصاية بغير الطريق الطبيعي وذلك في إحدى الحالات الاتية:

أ – عودة الولاية إلى الولى الذي سبق سحب ولايته أو إيقافها .

ب - استقالة الوصى وقبولها، أو عزله بواسطة المحكمة، ويكون ذلك **في حالتين :** إذا قام بالوصى سبب من أسباب عدم الصلاحية

---

(١) مادة ٤٧- وإذا بلغ القاصر سن الرشد أثناء نظر الدعوى، ومع ذلك استمر من كان وصيا عليه في تمثيله والحضور عنه بقبول من بلغ سن الرشد ورضائه، فهذا يدل على أن النيابة عنه أصبحت اتفاقية بعد أن كانت قانونية : انظر في ذلك :

– نقض مدني : ١٩٩٠/٤/٥ – طعن رقم ٢٠٥٣ لسنة ٥٥ ق والأحكام الأخرى المذكورة لدى د. حسام لطفي : المرجع السابق – هامش رقم ٢١٨ ص ٢٠٠ .

(٢) مادة / ٣٥.　　　**(٣)** مادة ٤/٤٧ .

للوصاية، وكذلك تحكم المحكمة بعزل الوصى إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطرا على مصلحة القاصر [١].

جـ- وتنتهي الوصاية كذلك إذا طرأ على الوصى عارض من عوارض الأهلية بحيث أنقصها أو أعدمها ، أو بثبوت غيبته أو بموته[٢].

وفي كل الأحوال إذا توافرت أسباب جديدة تدعو للنظر في عزل الوصى أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته أو تنتقص منها، جاز للمحكمة أن تأمر بوقفه حتى يتحدد مركزه بصدور قرار الفصل أو بثبوت العارض[٣].

وإذا انتهت الوصاية لأى سبب مما تقدم، يصبح الوصى ملزما بتسليم الأموال التي في عهدته بمحضر خلال الثلاثين يوما التالية لإنتهاء الوصاية، كما يلتزم بإيداع صورة كشف الحساب ومحضر تسليم الأموال في قلم كتاب المحكمة[٤] ، ويلتزم ورثة الوصى أو القيم عليه في حالة الحجر عليه أوالوكيل عنه في حالة ثبوت غيابه بتقديم محضر وتسليم الأموال وإيداع صورة كشف الحساب ومحضر تسليم الأموال بقلم كتاب المحكمة[٥].

---

(١) مادة ٤٩. (٢) مادة ٤٧/٤. (٣) مادة / ٤٨. (٤) مادة / ٥٠.
(٥) مادة / ٥١.

وحرصا من المشرع على حماية المشمول بالوصاية من الضغط الأدبي الذي قد يمارسه الوصي، فإن كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصي ممن كان في وصايته وبلغ سن الرشد، يكون قابلا للإبطال لمصلحة القاصر وذلك إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب السنوي أو الختامي[١].

ورغبة من المشرع في حسم أى نزاع يمكن أن يثور بشأن الوصاية بعد انتهائها، فقد خرج على حكم القواعد العامة، حيث قرر أن الدعاوي المتعلقة بالوصاية تسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو من تاريخ موته إذا حدث قبل ذلك[٢]. وإذا انتهت الوصاية بعزل الوصي أو قبول استقالته أو موته فإن مدة الخمس سنوات تبدأ من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية[٣].

وبهذا ينتهي حديثنا عن الشخص الطبيعي وهو الإنسان، حيث بينا كيفية بدء شخصيته القانونية ومتى تنتهي، ثم خصائص او مميزات الشخصية القانونية للإنسان.

ونشرع الآن في دراسة الشخص المعنوي من خلال المبحث التالي :

---

(١) مادة ٥٢ .   (٢) مادة ١/٥٣. (٣) مادة ٢/٥٣.

المبحث الثانـــي
" الشخص المعنوي (أو الإعتباري)[١] "

إلى جانب الشخص الطبيعي وهو الإنسان، أفرزت الحيـــاة المعاصرة كيانات افتراضية تمارس أنشطة متعـــددة، ممـــا أثـــار التساؤل حول طبيعة هذه الكيانات وهل تتمتع بالشخصية القانونيـــة كالإنسان أم لا ؟

وســـوف نعـــرض أولاً لفكـــرة الشـــخصية المعنويـــة أو الإعتبارية، ثم نوضح أنواع الأشخاص المعنوية، وكيفيـــة انتـــهاء الشخصية المعنوية، وذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول
" فكرة الشخصية المعنوية (أو الإعتبارية) "[٢]

لتحديد فكرة الشخصية المعنوية يلـــزم بـــداءة أن نعـــرف الشخص المعنوي ونوضح مقوماته وأهميته ثم نبيـــن خصائصـــه، وذلك من خلال فرعين على النحو الآتي :

---

(1) La Personne Morale.

(٢) للمزيد من التفصيل حول فكرة الشخصية المعنوية انظر :

-SEBAG: " La condition juridique des Personnes Physiques et des personnes morales avant leur naissance" These – Paris – 1939,

- Michoud : La théoriè de la personalité morale et Son application au droit Français- 3e èd - 2 vol – 1932.

الفــرع الأول

" ماهية الشخص المعنوي وأهميته "

لا يقتصر النشاط القانوني في المجتمـــع علـــى الشـــخص الطبيعي أو الإنسان، بل اقتضت مصلحـــــة المجتمـــع الإعـــتراف بالشخصية القانونية لمجموعة من الأشـــخاص أو الأمـــوال التـــي تمارس نشاطا معينا وتهدف إلى تحقيق غرض محدد، ومن ثم فـــإن هذه الكيانات تقوم بأعمال وتصرفات قانونية وهى بصدد ممارسـتها لنشاطها الذي قامت من أجله، فهى تبيع وتشتري وتؤجر وتستأجر، باختصار تقوم بممارسة مظاهر متعددة من النشاط القانوني.

وإذا كان المشرع لا يمنح الشخصية القانونية إلا لكائن لـــه قيمة إجتماعية، فإن هذا المعيار يتوافر في الشخص المعنـــوي، إذ يقوم هذا الشخص بدور هام على مسرح الحياة الإجتماعية بصفـــة عامة ، والحياة القانونية بصفة خاصة .

ولسنا في حاجة إلى الخوض في تفصيل الخلافات الفقهيـــة التي ثارت حول طبيعة الشخص المعنوي وهل تمنح له الشـــخصية القانونية أم لا ، فقد أغنانا المشرع عن الدخول في مثل هذا الجـــدل الفقهي، إذ اعترف صراحة في نصوص القانون المدني بالشـخصية المعنوية ورتب على ذلك منح الشخص المعنوي شخصية قانونيـــة

في حدود معينة، وذلك واضح من استقراء نص المـــادة ٥٢ ومـــا بعدها من القانون المدني والتي يستهلها المشــــرع بســـرد أنـــواع الأشخاص الاعتبارية قائلا : " الأشخاص الاعتبارية هي ...... الخ" مما يستفاد منه أن المشرع قد أقر فكرة الشخصية الاعتبارية رافضا بذلك الأخذ برأى منكرى هذه الفكرة خاصة من يقولون بالاستعاضة عنها بفكرة ذمة التخصيص(١).

---

(١) لم تحظ فكرة من الأفكار بمثل ما حظيت به فكرة الشـــخصية المعنويـــة مـــن إهتمام فقهي استمر حقبة طويلة من الزمن، حيث ذهب الفقـــه مذاهـــب شـــتى بخصوص إنكار الشخصية المعنوية أو الإعتراف بها، ويمكـــن تلخيـــص تلـــك الاتجاهات أو النظريات في الآتي :

أولا : النظريات الرافضة لفكرة الشخصية المعنوية :

ذهب أنصار هذه النظريات إلى أن فكرة الشخصية المعنوية مجرد افتراض لا أساس له من الواقع، ومن ثم وجب إحلال فكرة أخرى واقعية وملموســـة محـــل فكرة الشخصية المعنوية، وعند تحديد هذه الفكرة الواقعية اختلف أنصار هذا الإتجاه:

١ – **فمن قائل بنظرية الملكية الجماعية أو المشتركة :** والتي توجد بجانب الملكيـــة الفردية وتغني عن اللجوء لفكرة الشخصية المعنوية القائمة على التخيل والافـــتراض. وقد تعرضت تلك النظرية للنقد.

٢– **ومن قائل بنظرية ذمة التخصيص :** ومؤداها أن تخصيـــص مجموعـــة مـــن الأموال لتحقيق غرض معين يؤدي إلى أن تصبح ذمة مالية دون حاجـــة لإســـنادها لشخص معين، فهى ذمة تستند إلى غرض وتثبت لها الحقوق وتتحمل بالالتزامـــات فلا يوجد شخص طبيعي وآخر معنوي ، بل ذمة فردية وذمة تخصيص.=====

---ج وقد أخذ على هذه النظرية عدة مآخذ أهمها أنها تخالف التصور السائد الذي لا يعترف بالذمة المالية إلا للأشخاص، فلا يمكن تصور ذمة لا تستند إلى شخص، فضلا عن أنها لا تصدق بالنسبة لكل الأشخاص المعنوية كالدولة حيث تتضاءل أهمية الأموال بالنسبة لأغراضها الأخرى .

ثانيا : نظرية المجاز أو الإفتراض : ومقتضاها أنه إذا أسبغ المشرع الشخصية القانونية على مجموعة من الأموال أو الأشخاص، فذلك من قبيل الحيلة والمجاز الذي لا يمت للواقع بأى صلة. وقد أخذ على هذه النظريةأنها جعلت فكرة الشخصية في القانون مطابقة لفكرة الشخصية في الفلسفة والإجتماع، ومن ثم قصرت كلمة الشخص على الإنسان، على حين اختلاف الفكرة في المجالين، حيث يكون الشخص في نظر القانون عبارة عن كائن يصلح لكسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات. فضلا عن أن الأخذ بهذه النظرية يترتب عليه نتائج غاية في الخطورة ومنها إطلاق يد المشرع في منح أو منع الشخصية المعنوية طبقا لما تمليه الإعتبارات السياسية ومن ثم يظل بقاء الشخص المعنوي رهنا برضاء الدولة، والمشرع يحدد بسلطته المطلقة أهلية واختصاص الشخص المعنوي، هذا إلى جانب عدم مساءلة الشخص المعنوي جنائيا أو مدنيا لأنه لا إرادة له في نظر أصحاب هذه النظرية .

ثالثا : نظرية الحقيقة : وتعني أن الشخصية المعنوية ليست مجرد افتراض وتخيل وإنما هى حقيقة واقعية لا جدال فيها، إلا أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول طبيعة تلك الحقيقة :

١- **فمن قائل بنظرية الحقيقة العضوية :** وتتلخص في أن الشخص المعنوي يقترب من الشخص الطبيعي، فإذا كان الأخير يتكون من مجموعة من الخلايا التي تتفاعل فيما بينها وتتعاون لاستمرار حياة هذا الشخص، فإن أفراد الشخص المعنوي يقومون بدور الخلايا في الشخص الطبيعي. بيد أن تلك النظرية تعود بنا إلى التخيل

والإفتراض من حيث لا يدري أصحابها، فضلا عن أن الأخذ بها كان يقضي بثبوت الشخصية القانونية للحيوان حيث يتكون من خلايا تعمل على بقاء الكائن حيا وهو ما يخالف المنطق.

٢- **وهناك من قال بنظرية الإرادة :** ومؤداها أن الشخص المعنوي له إرادة مستقلة عن إرادة أفراده وتكفي لإسباغ الشخصية القانونية عليه. ويعيب هذه النظرية أن الأخذ بها يؤدي إلى القول بعدم تمتع عديمي الإرادة بالشخصية القانونية، وهذا غير صحيح.

٣- **وأخيرا قيل بنظرية المصلحة :** وفحواها أن الشخصية القانونية مركز لمصالح إنسانية، وهى مركز لمصالح إنسانية جماعية بالنسبة للشخص المعنوي، ويؤخذ على هذه النظرية انها ربطت نفسها بتعريف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون ولذا توجه إليها كل الانتقادات التي وجهت لهذا التعريف .

- **ويتجه البعض بحق في** الوقت الحاضر إلى أن الشخصية القانونية التي تمنح للأشخاص الإعتبارية لا تمنح لهم على سبيل الاستثناء أو الافتراض أو التحايل أو قياسا على الإنسان، بل تمنح لهم على أساس أن تلك الأشخاص كائنات اجتماعية مستقلة لها مصالح وأغراض مستقلة، وتؤثر في المجتمع وتتأثر به :

راجع في عرض هذه النظريات بالتفصيل، وهذا الرأى الأخير :

- د. على حسين نجيدة : المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق - دار الفكر العربي - ١٩٩٠ - ١٩٩١ - ص ١٩٨ وما بعدها، د. حسن كيرة : المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٦٦٢ وما بعدها .

ومن ثم أضحت الشخصية المعنوية حقيقة واقعية وقانونية، وبالتالي فلا محل لأى جدل يثور حولها. والآن نتطرق إلى تعريف الشخص المعنوي ومقومات وجوده .

تعريف الشخص المعنوي : يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه **" كل مجموعة من الأشخاص او الأموال تستهدف تحقيق أغراض معينة ويسبغ عليها القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق أغراضها ".**

مقومات وجود الشخص المعنوي :

يتضح من التعريف المذكور ، أنه لكي يوجد الشخص المعنوي لا بد من توافر ثلاثة عناصر ، على النحو الآتي :

١-**العنصر المادي : وجود مجموعة من الأشخاص أو الأموال :**
فلا بد من أن تكون هناك مجموعة من الأموال أوالأشخاص لكي يمكن الحديث عن الشخص المعنوي، وإذا نشأ بالإرادة الجماعية فهو مجموعة أشخاص أما إذا نشأ بالإرادة الفردية كان مجموعة أموال[١].

---

(١) د. حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٢٢٤.

٢- العنصر المعنوي : استهداف تحقيق غرض جماعي معين :

يجب أن تهدف مجموعة الأموال أو الأشخاص إلى تحقيق غرض جماعي معين طبقا لنظامها الأساسي والمتمثل في قواعد عامة مجردة تحدد أغراض الشخص المعنوي ووسائله ورأسماله وإدارته .... الخ .

ويشترط في هذا الغرض ما يلي :

أ - أن يكون جماعيا لا فرديا : بحيث يحقق مصلحة جماعية، سواء أكانت المصلحة عامة أو خاصة بجماعة معينة كالشركاء في الشركة، أما إذا تعلق الغرض بشخص معين فلا يكون الهدف جماعيا ومن ثم لا يمكن الحديث عن الشخص المعنوي .

ب - أن يكون معينا : بحيث يتم تحديد نوع الغرض الذي يرمي الكائن المعنوي إلى تحقيقه، بصرف النظر عن نوع الغرض أى لا يهم أن يكون ماليا أو علميا أو ثقافيا أو اجتماعيا .

جـ - أن يكون ممكنا : أى قابل للتحقيق، فإذا لم يكن الغرض كذلك وقع تكوين الشخص المعنوي باطلا، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان الغرض ممكنا أو غير ممكن بحسب كل حالة على حده عند النزاع(١) .

---

(١) د. حسام لطفي : المرجع السابق - ص ٢٢٤.

د- **أن يكون مشروعا :** بمعنى ألا يكون مخالفا للنظـــام العـــام أو الآداب العامة .

هـــ - وأخيرا يجب أن يكون من طبيعة الغرض الإســـتمرار ، أى ألا يكون عارضا كتنظيم رحلة للحج مرة واحدة مثلا[١].

٣- العنصر الشكلي : الاعتراف القانوني بالشخص المعنوي :

لا يكفي أن توجد مجموعة من الأشخاص أو الأمـــوال وأن تتجه لتحقيق غرض معين، بل الأهم من ذلك أن يتـــم الاعـــتراف القانوني بهذا الكيان ويسبغ المشرع عليه الشخصية القانونية .

واعتراف المشرع بالشخص المعنوي بأخذ أحد طريقين :

أ - **الاعتراف العام :** ويكون ذلك بأن يحدد المشرع بصفة عامـــة ومجردة شروطا معينة في جماعة الأشخاص أو مجموعة الأمـــوال بحيث تثبت لها الشخصية القانونية بمجرد توافر هذه الشـــروط دون حاجة لإجراء آخر . وقد ورد بالمادة ٥٢ من التقنين المدني قائمـــة بهذه الطوائف :

حيث جاء فيها أن " الأشخاص الإعتبارية هـــي : الدولـــة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القـــانون ،

---

(١) د. حسام لطفي : نفس الإشارة .

والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التـــي يمنحــها القانون شخصية إعتبارية ، والأوقـــاف ، والشــركات التجاريــة والمدنية والمؤسسات والجمعيات[١].

ب ـ الإعتراف الخاص : ومعناه صـــدور قــرار خــاص بمنــح الشخصية المعنوية لجماعة معينة من الأشخاص أو مجموعة معينة من الأموال، على ضوء الظروف والملابسات الخاصة لكل حالـــة على حده، بحيث يقتصر القرار أو الترخيص على الحالـــة التـــي صدر بشأنها فقط .

وقد أخذ المشرع المصري بالاعتراف العـــام مـــن حيــث الأصل، وجعل الاعتراف الخاص على سبيل الاستثناء، حيث تطلب المشرع صدور إذن أو ترخيص خـــاص لاكتســاب مجموعـــات الأموال أو جماعات الأشخاص التي لم يرد ذكرهـــا فـــي القـــانون للشخصية القانونية ، وكذلك الأمر بالنسبة للهيئـــات والطوائـــف

---

(١) هذا وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني، إلى أن هذا النـــص لا يقتصر على بيان ما يوجد من الأشخاص الاعتبارية في مصر فـــي الوقـــت الحاضر، بل يشمل ما قد يفضي التطور إلى وجوده فـــي المســتقبل : انظـــر : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـــ١ - ص ٣٧٣.

الدينية [١].

وتثبت الشخصية الإعتبارية للشخص المعنوي من اللحظة التي يتم فيها إعتراف المشرع بهذا الشخص سواء في صورة الإعتراف العام أو الخاص.

ولكن ما هو مركز الشخص المعنوي خلال مرحلة التكوين أو التأسيس ؟

ذهب الفقه الحديث إلى الإعتراف لبعض الأشخاص المعنوية بالشخصية الإعتبارية أثناء مرحلة التأسيس، خاصة بالنسبة للشركات المساهمة التي يستغرق تأسيسها فترة طويلة يقوم المؤسسون خلالها ببعض التصرفات والأعمال القانونية التي تستوجبها عملية التأسيس. ولعل الذي حدا بالفقه إلى الاعتراف بالشخصية الإعتبارية خلال تلك المرحلة أن إسناد الحقوق والإلتزامات المتعلقة بعملية التأسيس إلى المؤسسين يمثل خطورة بالغة[٢] . ويذهب البعض إلى تشبيه مركز الشخص الاعتباري

---

(١) د. حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٦٣٨ .

(2) SEBAG : Thèse Prècitèe.

- ويلاحظ أن نصوص القانون المصري تسمح بالأخذ بهذا الرأى : فمثلا ينص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام في المادة ٣/٣٦ على أن : " **تنتقل إلى شركة القطاع العام بمجرد شهرها في السجل التجاري آثار جميع التصرفات التي أجريت لحسابها قبل الشهر، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيسها** ".

في مرحلة التأسيس بمركز الجنين أو الحمل المستكن، مع فارق هام هو اتساع أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الجنين[١].

الفرع الثاني

" خصائص الشخص المعنوي "

قبل أن نبين الخصائص أو المميزات التي تثبت للشخص المعنوي نتطرق لبيان نطاق الشخصية القانونية للشخص المعنوي، وذلك كما يلي :

نطاق الشخصية القانونية للشخص المعنوي :

سبق وأن ذكرنا أن الشخصية القانونية تعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وانتهينا إلى تطابق هذا المعنى مع أهلية الوجوب من حيث المبدأ وإن اختلف مدى كل من الفكرتين .

وتختلف الشخصية القانونية للشخص المعنوي عن تلك التي تثبت للشخص الطبيعي، وهذا الإختلاف ناشئ عن اختلاف التكوين والإختلاف الطبيعة والغرض، ومن ثم فإنه إذا كان الشخص المعنوي

---

(١) د. حسن كيرة- ص ٦٣٩ .

صالحا لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات فور نشوئه، إلا أنه ترد على حدود شخصيته بعض القيود وأهمها :

١-لايكتسب الشخص المعنوي الحقوق غير المالية ، أى الملازمة لصفة الإنسان، فهذه الحقوق تثبت للإنسان بوصفه كذلك، ومن ثم لا يتصور أن تثبت للشخص المعنوي. وفي هذا تنص المادة ١/٥٣ من التقنين المدني على أن : " **الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون** ".

ومن أمثلة تلك الحقوق حقوق الأسرة، وحقوق الشخصية خاصة حق الإنسان في سلامة جسمه، والحقوق السياسية.

٢-لا يثبت للشخص المعنوي من الحقوق إلا ما كان لازما لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله. فمثلا لا يجوز للجمعية أن تباشر التجارة لأن الهدف الذي أنشئت من أجله هدف غير مالي، ولا يجوز لشركة أنشئت لإستغلال معين أن تباشر تصرفات قانونية لا تتصل بهذا الاستغلال(١). فشخصية الشخص المعنوي إذن

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي : المرجع السابق – ص ٦٩٧.

توصف بأنها ضرورية ولازمة، بحيث لا تمنح لـــه ســـوى تلـــك الحقوق الضرورية لممارسة نشاطه واللازمة لتحقيق غرضه.

ويتمتع الشخص المعنوي بأهلية التقاضي بالنسبة للحقـــوق التي تثبت له، فيمكن أن يكون مدعيا كما يمكن أن يكـــون مدعيـــا عليه بشأنها[١].

خصائص أو مميزات الشخص المعنوي :

يثبت للشخص المعنوي بمجرد ثبوت الشخصية القانونية لـــه بعض الخصائص مثله في ذلك مثل الشخص الطبيعي، حيث يكـون له :

١- **ذمة مالية مستقلة** [٢] **:** عن ذمم الأشخاص المكونين لـــه أو القائمين على إدارته، ومن ثم فإن أموال الشـــخص الإعتبـــاري لا تضمن سوى ديونه، فلا يجوز مثلا لدائن الشريك أن يطالب الشركة بدينه لانفصال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء، ومن ناحية أخـرى لا يجوز لدائني الشركة التنفيذ على الأموال الخاصة للشـــركاء، إلا إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص التي يسأل الشريك فيها عـــن

---

(١) مادة ٢/٥٣ ج مدني .

(٢) مادة ٢/٥٣ - أ مدني .

ديون الشركة حتى في أمواله الخاصة كشركة التضامن. ولا يعني ذلك أن تختلط ذمة الشركة بذمم الشركاء، بل غاية الأمر أن الشريك يسأل عن ديون الشركة في أمواله الخاصة نظرا للإعتبار الشخصي لهذه الشركات، والدليل على ذلك أنه لا يجوز لدائني الشركاء التنفيذ على أموال الشركاء في الشركة [١].

٢- **اسم يعرف به :** ويميزه عن سائر الأشخاص في الجماعة، ويتحدد هذا الإسم في سند إنشائه، ويحميه القانون كما يحمي اسم الشخص الطبيعي تماما[٢]. ويشتق هذا الاسم في العادة من غرض الشخص المعنوي الذي قام لتحقيقه، فمثلا يقال : شركة الأزياء الحديثة، شركة أتوبيس الوجه القبلي، جمعية تحسين الصحة. وإذا كان إسم الشخص المعنوي تجاريا أمكن تقويمه بالنقود ومن ثم يصبح محلا للتصرفات القانونية بشرط أن يتم التصرف فيه مع المحل التجاري[٣].

٣-**موطن مستقل :**[٤]عن مواطن الأشخاص الداخلين في تكوينه أو

---

(١) د. الصدة ، د. الصباحي : المرجع السابق – ص ٢٤٦ ، ٢٤٧.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٤٨٤.

(٣) مادة /٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ في شأن الأسماء التجارية .

(٤) مادة ٢/٥٣ – د مدني.

القائمين على إدارته. والقاعدة العامة أن مركز الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته .

غير أن المشرع قد أورد استثناءين على هذه القاعدة وهما :

أ – في حالة تعدد فروع الشخص الاعتباري ، يكون المكان الذي يوجد به كل فرع موطن أعمال له، وبالتالي يجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها ذلك الفرع، بشرط أن يتعلق النزاع بنشاط هذا الفرع(١) .

ب - إذا كان الشخص الإعتباري شركة أجنبية تمارس نشاطا في مصر على حين يوجد مركزها الرئيسي في الخارج، ففي هذه الحالة يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية(٢).

٤– جنسية تميزه وتبين انتمائه لدولة معينة : على الرغم من تشكك البعض في إمكانية اضفاء وصف الجنسية على الأشخاص المعنوية بمقولة أن الجنسية رابطة تربط الأفراد بالدولة التي ينتمون إليها وأساسها رابطة الولاء والانتماء وهي روابط عاطفية ونفسية ،

---

(١) مادة / ٥٢ من تقنين المرافعات المدنية والتجارية .

(٢) مادة ٢/٥٣ – د مدني .

بحيث لا يتصور توافرها لدى الشخص المعنوي، إلا أن الفقه يسلم بثبوت الجنسية للشخص المعنوي، وكذلك فعل القضاء، وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الشخص(١).

ويأخذ المشرع المصري بمعيار مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، حيث يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي أو الفعلي(٢)، ولكنه يعتد بمكان التأسيس في بعض الأحوال. ومع ذلك فإن المشرع المصري يقرر خضوع الأشخاص الإعتبارية التي تباشر نشاطها الرئيسي في مصر للقانون المصري على الرغم من وجود مركز إدارتها في الخارج(٣).

٥- أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون(٤).

حيث تتحدد أهليته في سند انشائه وبنصوص القانون، غير أن الشخص الاعتباري لا تتوافر لديه إرادة لكي تثبت له أهلية

---

(١) د. على نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٢٠ . وتأخذ أغلب الدول بمعيار مكان التأسيس، إذ تكون للشخص المعنوي جنسية الدولة التي تم تأسيسه فيها وطبقا لقانونها.

(٢) د. نعمان جمعة : المرجع السابق – ص ٤٥١ ، د. حسام لطفي : ص ٢٢٨ .

(٣) مادة ٢/١١ مدني .

(٤) مادة ٢/٥٣ ب مدني .

الأداء والتي مناطها الإدراك والتمييز كما سبق القول، لذا أوجـــب المشرع أن يعين له نائبا يعبر عن إرادته[١] .

ويسأل الشخص المعنوي مسئولية مباشرة وشـــخصية عـن أعمال هذا النائب، طالما صدرت هذه الأعمال في حدود النيابة عن الشخص المعنوي، حيث يفترض صدور هذه الأعمال من الشـخص المعنوي نفسه، أما إذا تجاوز النائب حدود النيابة، فلا ينصرف أثر النشاط الذي يقوم به إلى الشخص المعنوي، بل يسأل النائب وحـده مسئوليه شخصية عن خطئه الشخصي[٢].

ولكن يسأل الشخص المعنوي عن أعمال تابعيه من موظفين ومستخدمين على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه طالمـــا صدر هذا العمل أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها[٣].

وقد يسأل الشخص المعنوي جنائيا طبقا للراجح في الفقـــه، بيد أنه لا يوقع على الشخص المعنوى سوى العقوبات التي تتفـــق وطبيعته كالحل والغلق والمصادرة والغرامة [٤].

---

(١) مادة ٣/٥٣ مدني .
(٢) د. الصدة، د. الصباحي : المرجع السابق – ص ٢٥٣.
(٣) د. حسن كيرة : المرجع السابق – هامش ١ – ص ٦٦٢.
(٤) انظر في الخلاف الفقهي حول المسئولية الجنائية للشخص المعنوي : د. علـــي نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٢٨ وما بعدها .

المطلب الثانـــــي

" أنواع الأشخاص المعنوية وكيفية انتهائها "

نقسم الحديث في هذا المطلب إلى فرعين كالتالى :

الفـــــــرع الأول

" أنواع الأشخاص المعنويـــة "

طبقا لنص المادة ٥٢ من التقنين المدني فـــإن الأشـــخاص الإعتباري هي :

١- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشـــآت العامـــة التي يمنحها القانون شخصية إعتبارية .

٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولـــة بشـــخصية اعتبارية .

٣- الأوقاف.

٤- الشركات التجارية والمدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات .

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشـــخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون.

وعلى ضوء هذا النص تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى نوعين :

أشخاص إعتبارية أو معنوية عامة، وأخرى خاصة كما يلي :

أولا : الأشخاص المعنوية العامة

" وهى تلك الأشخاص التي تباشر اختصاصا عاما بحيث يشمل جميع المرافق ولكن في حدود معينة، أو تلك التي تختص بنوع معين من النشاط وحيث يدخل في مرفق أو مرافق محددة، ويخضع نشاطها لأحكام القانون العام" (١).

وبناءا على ذلك تنقسم الأشخاص العامة إلى طائفتين

أ ـ الأشخاص الإقليمية : وأهمها الدولة بما لها من سيادة وسلطان على إقليمها وتهيمن على جميع مصالح الأمة، ويأتي بعدها المحافظات ثم المدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون. وهذه الأشخاص تكتسب الشخصية القانونية بمجرد نشوئها عن طريق الاعتراف العام بها إذا توافرت لها الشروط التي حددها القانون .

---

(١) وتدخل دراستها أساسا في نطاق القانون الإداري .

ب - المنشآت أو المؤسسات العامة : (الأشخاص المرفقية) :

وهذه يتعلق اختصاصها بنوع معين من النشاط ويدخل في مرفق أو مرافق محددة كمرفق التعليم، ومن أمثلتها الجامعات وهيئة إدارة قناة السويس، وتلك الأشخاص لا تثبت لها الشخصية القانونية إلا إذا منحها المشرع هذه الشخصية بنص خاص حتى تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله. غير أن المؤسسات العامة التي صدر بإنشائها قرار جمهوري وفقا للقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ تعتبر دائما أشخاصا إعتبارية[١] .

ثانيا : الأشخاص المعنوية الخاصة

وهى تلك الأشخاص التي تتمتع بالشخصية المعنوية، وتتمثل في مجموعة من الأموال أو جماعة من الأشخاص تهدف إلى تحقيق غرض جماعي معين وتخضع في علاقتها لأحكام القانون الخاص بصفة أساسية .

وتنقسم هذه الأشخاص إلى نوعين : جماعات أشخاص، ثم مجموعات أموال :

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق - ص ٤٧٨.

(أ) **جماعات الأشخاص :** وتتكون من جملة أشـــخاص لتحقيــق غرض معين، وقد منح المشرع الشخصية القانونية لنوعين من هذه الجماعات وهما :

(١) الشركـــــات :

يقصد بالشركة جماعة مـــن الأشـــخاص - أو شـــخصان - يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مـــال أو عمـــل لإقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة [١].

والشركات نوعان : شركات مدنية : وهى التي تقوم بأعمال مدنيــة بطبيعتها مثل شركات التنقيب عن البترول . وهذه الشركات تخضع لأحكام القانون المدني أساسا .

وشركات تجارية تباشر أعمالا تجارية على سبيل الإحتراف وتخضع لأحكام القانون التجاري، وتنقسم بدورها إلى ثلاثة أنواع :

---

(١) مادة / ٥٠٥ مدني.
- وتعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا إعتباريا ولكن لا يحتج علـــى الغــير بهذه الشخصية إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القـــانون (مـــادة ٥٠٦ مدني) ، على أنه يجوز للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها (مادة ٢/٥٠٦ مدني).

*** شركات الأشخاص :** وهى تلك الشركات القائمة على الإعتبار الشخصي، بمعنى أن شخصية الشريك تلعب دورا كبيرا فيها، وتشمل :

- شركة التضامن :

وهى شركة تجارية يكون كل الشركاء فيها مسئولين مسئولية مطلقة على وجه التضامن عن كل ديون الشركة في جميع أموالهم .

– شركة التوصية البسيطة : وهى التي تضم نوعان من الشركاء :

الأول : الشركاء المتضامنون وهم مسؤولون على وجه التضامن عن جميع ديون الشركة في كل أموالهم، والنوع الثاني الشركاء الموصون وهؤلاء لا يسأل كل منهم عن ديون الشركة إلا بمقدار الحصة التي قدمها للشركة .

– شركة المحاصة : وهى شركة لا يكون لها رأس مال ولا عنوان وتتكون في الخفاء ولكن هذا لا ينفي عنها وصف الشركة .

*** شركات الأموال :** وهى شركات يلعب فيها رأس المال - وليس شخصية الشريك - دورا كبيرا ، وتشمل :

- **شركة المساهمة :** وهي التي ينقسم رأس مالـــــها إلـــى أســـهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية ولا يسأل كل شريك مساهم إلا بقدر الأسهم التي له في رأس مال الشركة .

* **شركات مختلطة :** وتجمع بين الإعتبار الشـــخصي والاعتبـــار المالي وتشمل :

- **شركة التوصية بالأسهم : والشركاء فيها على نوعين :** شركاء متضامنون يسألون على وجه التضامن عن جميع ديون الشركة في كل أموالهم، وشركاء مساهمون لا يسأل كل منهم عن ديون الشركة إلا بقدر الأسهم التي يملكها .

- **الشركة ذات المسئولية المحدودة :**

وقد أنشئت بموجب القانون رقم ٥٦ لســـنة ١٩٥٤، وهـــي شركة تجارية لا يزيد عدد الشركاء فيها علـــــى ٥٠ شـــريكا، ولا يسألون إلا في حدود حصتهم في رأس المال، ولا يجوز لها إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول. ولا يجوز تأسيس الشركة عن طريق الاكتتاب العام أو زيادة رأس مالها أو الإقتراض لحسابها .

(٢) الجمعيــات :

عرف المشرع الجمعية بأنها جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص إعتبارية لغرض غير الحصول على ربــح مادي[١].

وعلى ذلك فإن الجمعية - بعكس الشركة - لاتهدف أصــلا لتحقيق الربح، وإنما يكون غرض الجمعية خيريا كالبر بالمحتاجين، وتقديم العون لهم أو علاج المرضى منهم، وقد تهدف الجمعية إلــى تشجيع البحث العلمي أو ممارسة الألعاب الرياضية المختلفة.

ولكى تنشأ الجمعية لا بد وأن يوضع لها نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين ويتضمن بيانات معينة كاسم الجمعيــة ونــوع نشاطها ومكان ممارسته ومركــز إدارتــها وأسـماء الأعضــاء المؤسسين لها، ونظام الجمعية وشروطها ... الخ[٢].

" ولا يجوز أن يكون غرض الجمعية غــير مشــروع، أى يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب كالمســاس بسـلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهوري أو نظامها الإجتماعي،وإلا

---

(١) المادة الأولى من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤.
(٢) مادة / ٣ من نفس القانون.

كانت باطلة[١].

ويجب شهر نظام الجمعية حتى تثبت لها الشخصية الإعتبارية[٢]، ويتم الشهر بقيد نظام الجمعية في السجل الخاص المعد لذلك[٣].

وتظل الشخصية الإعتبارية للجمعية قائمة حتى تنقضي بالحل، سواء الحل الاختياري الذي تقرره الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي الأعضاء مالم يرد في نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك، أو بالحل الإجباري بقرار من وزير الشئون الإجتماعية في حالات محددة على سبيل الحصر وهى :

١- إذا أصبحت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها .
٢- إذا خصصت أموالها أو أرباح أموالها لأغراض أخرى غير تلك التي أنشئت من أجلها .
٣- إذا ارتكب مخالفة جسيمة لنظامها أو أى مخالفة قانونية .
٤- إذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين[٤].

---

(١) مادة / ٢ .
(٢) مادة / ٨ .
(٣) مادة ١/١٠ ويجوز للجهة الإدارية أن ترفض شهر نظام الجمعية لأسباب معينة (مادة / ١٢).
(٤) مادة / ٥٧.

ومتى تم حل الجمعية إختياريا أو قضاءا ، وجب تصفية أموالها وسداد ديونها، ويعين لذلك مصف أو أكثر يلتزم بما ورد في نظام الجمعية، ولا يجوز أن تؤول أموال الجمعية عند حلها إلى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم لأن ذلك يتنافي مع غرض الجمعية الذي لا يهدف إلى الربح، فضلا عن أن هذه الأموال أغلبها من التبرعات والإعانات ولا يجوز أن تكون مصدرا لإثراء الأعضاء(١).

(ب) مجموعات الأموال :

وهذه تضم المؤسسات، ثم الوقف حسبما ورد في نص المادة ٥٢ من التقنين المدني .

(١) المؤسسات الخاصة :

وهى المال المخصص لمدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الإجتماعية أو النفع العام دون قصد الربح المادي (٢).

وعلى ذلك، فإنه لكى يعترف القانون بالمؤسسة الخاصة لا بد وأن يتم تخصيص المال لمدة غير معينة ، وهذا مفاده أن

---

(١) د. أحمد سلامة : المرجع السابق – ص ١٨٩ ، د. حسن كيرة : ص ٦٨٨.

(٢) مادة / ٦٩ من قانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة.

المؤسسة الخاصة من مجموعات الأموال[١]، وفضلا عن ذلك لا بد وأن تستهدف المؤسسة عملا من أعمال البر أو الرعاية الإجتماعية أو النفع العام، فلا يكون هدفها الربح، ولا بد أن يكون غرض المؤسسة عاما، وفي هذا تختلف المؤسسة الخاصة عن الجمعية، فعلى الرغم من أن الأخيرة لا تهدف أيضا إلى الربح إلا أن غرضها قد يكون خاصا بمؤسسيها دون سواهم[٢].

وتنشأ المؤسسة الخاصة بسند رسمي أو بوصية وفقا للمادة ١/٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤، ويكون هذا السند أو هذه الوصية بمثابة دستور للمؤسسة الخاصة، ويجب أن يشتمل على بيانات معينة، مثل اسم المؤسسة ومركزها والذي يشترط أن يوجد بمصر والغرض الذي أنشئت المؤسسة لتحقيقه، مع بيان دقيق

---

(١) بعكس الشركة والجمعية فهما من مجموعات الأشخاص .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق - ص ٤٩٥، ويلاحظ أن المؤسسات العامة تعتبر إدارات أو مصالح حكومية شأنها في ذلك شأن باقي المصالح والإدارات الحكومية، كل ما هنالك هو أنها تتمتع باستقلال في الإدارة وتتحرر من الأوضاع الإدارية العادية، ومن هنا تعتبر من أشخاص القانون العام، وتدخل بصفة أساسية في نطاق دراسة القانون الإداري، وكانت تخضع لعدة قوانين كان آخرها القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، وهذا القانون حل محله الآن القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته .

لأموال المؤسسة وتنظيم إدارتها بما في ذلك اسم مديرها، هذا فضلا عن البيانات الأخرى التي يصدر بتحديدها قرار من الجهة الإدارية المختصة[١] .

ولا تكتسب المؤسسة الشخصية المعنوية إلا بعد شهر نظامها بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الإدارية المختصة بالإشراف على المؤسسة[٢].

وللجهة الإدارية المختصة أن تعترض على إنشاء المؤسسة وأن تراقبها وتعدل نظامها بما يحقق الغرض من إنشائها[٣]. ويجوز لمن أنشأ المؤسسة أن يعدل عن إنشائها قبل شهر المؤسسة إذا أنشئت بسند رسمي[٤]، أو حتى بعد شهرها إذا أنشئت بوصية، لأنه يجوز للموصي دائما أن يعدل عن وصيته في أي وقت حتى وفاته[٥].

---

(١) مادة ٧٠ / ٢ من قانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٢) مادة / ٧٤.

(٣) مادة / ٧٥.

(٤) مادة / ٧٢.

(٥) د. سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٧٢٣ ،ص ٧٢٤، حيث يذكر أن المشرع قد ترك الحكم في حالة الوصية، ومن ثم يخضع العدول للقواعد العامة.

ولا يتصور حل المؤسسة حلا اختياريا لأنها تتكــون مــن أموال مخصصة لغرض معين وليس من أشخاص وأعضاء لكــي يتسنى اتفاقهم على الحل، ومن ثم لا يبقى سوى إمكان حل المؤسسة إجباريا بقرار مسبب من وزير الشئون الإجتماعية بعد أخــذ رأى الإتحاد المختص إذا توافرت حالة من الحالات الآتية[١] :

١- إذا ثبت عجزها عن تحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها.
٢- إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لــها طبقــا لأغراضها.
٣- إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو إذا خالفت النظام العام أو الآداب .

ومتى تم حل المؤسسة عين لها مصف لمدة معينة تحددهــا الجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الإتحاد المختص، وتحدد تلك الجهة أيضا أجر المصفي[٢]، وتستمر شخصية المؤسسة بعد حلــها خلال مدة التصفية .

---

(١) مادة / ٥٧. ذلك لأن المادة ٨١٠ قد قررت سريان أحكام حل الجمعيــات فيمــا يخص المؤسسة الخاصة .

(٢) مادة ٥٩ .

ويقوم المصفي بتوزيع ما يتبقى من أموال بعد التصفية طبقا لما نص عليه في سند إنشاء المؤسسة، فإذا لم يوجد نص على ذلك، أو وجد وكانت الطريقة المنصوص عليها غير ممكنة، فإن على الجهة الإدارية بعد أخذ رأى الإتحاد المختص أن توجه هذه الأموال إلى مؤسسة أو جمعية أخرى يكون غرضها أقرب إلى غرض المؤسسة التي تم حلها[١].

(٢) الأوقـــاف :

يستمد نظام الوقف أساسا من أحكام الشريعة الإسلامية، ويعني حبس العين على حكم ملك الله والتصدق في الحال أو في المآل بمنفعتها على الفقراء[٢]، أو بمعنى آخر حبس العين المملوكة لشخص معين عن التداول مع رصد ريعها حالا أو مآلا إلى جهة من جهات البر[٣].

وقد ثار الشك في البداية حول منح الشخصية الاعتبارية للوقف نظرا لعدم وجود نص قانوني صريح آنذاك، فضلا عن

---

(١) مادة / ٦٠.

(٢) د. محمد سلام مدكور : الوصية والوقف من الناحيتين الفقهية والتطبيقية - الطبعة الثانية - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية - ص ١٨٩.

(٣) د. حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٦٩٢.

الخلاف حول وجـود فكـرة الشـخصية المعنويـة لـدى الفقـه الإسلامي[١]، بيد أن القضاء المصري تحـت تـأثير الضـرورات العملية قد اعترف للوقف بالشخصية الاعتبارية، وله نائب يعبر عن إرادته هو ناظر الوقف[٢].

وقد سار المشرع على نفس النهج حيث اعـترف للوقـف بالشخصية الإعتبارية[٣]. ويخضع الوقف فـي تنظيمـه وأحكامـه للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له، وللراجـح مـن مذهب أبي حنيفة في حالة عدم وجود نص تشريعي.

والوقف نوعان : وقف أهلي وهو رصد منافع المال منـذ البدايـة لشخص معين أو لأشخاص معينين أو غير معينين حتـى ولـو آل الريع بعد ذلك لجهة من جهات البر ، **ووقف خيري** وهـو رصـد منافع المال بداية لجهة بر حتى ولو آل الريع بعد ذلـك لشـخص معين. وقد يكون الوقف مؤقتا كما قد يكون مؤبدا لمدةغير محـددة كالوقف على المساجد.

---

(١) د. سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٧٢٦.

(٢) نقض مدني : ١٩٣٤/٤/٢٦ – مجموعة عمـر – جـ١ – رقـم ١٧٥ – ص ٣٧٠، ١٩٦٨/١٠/٢٤ – مجموعة أحكام النقض – س ١٩ – رقـم ١٩١ – ص ١٢٦٧.

(٣) مادة ٣/٥٢ مدني.

وقد ألغى المشرع الوقف الأهلي، وبذا لم يعد موجودا سوى الوقف الخيري[(١)]، ويتم إنشاء الوقف بإشهاد شرعي لدى المحكمة المختصة مع قيده في دفاترها[(٢)].

وتنتهي شخصية الوقف بانتهاء المدة المعينة له إن كان مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم، ويعود الوقف للواقف إذا كان حيا أو لورثته او للخزانة العامة، وقد تنتهي شخصية الوقف بحكم من المحكمة إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ولم يكن من الممكن عمارتها أو إستبدالها[(٣)].

ونكتفي بهذا القدر، حيث لا يتسع المجال لشرح كافة أحكام الوقف بل كان ما يعنينا هو تمتع الوقف بالشخصية الإعتبارية بما يترتب على ذلك من الإعتراف له ببعض الحقوق أو تحمل بعض الإلتزامات .

---

(١) وذلك بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، والذي ألغى الوقف الأهلي وقضى بعودة المال إلى صاحبه إذا توافر شرطان: أن يكون المالك حيا، وأن يكون له حق الرجوع في الوقف، وإلا آل المال إلى المستحقين كل بحسب حصته.

(٢) مع مراعاة التسجيل إذا كان المال الموقوف عقارا (مادة /١ من قانون الوقف)

(٣) المواد ١٦ ، ١٧، ١٨ من قانون الوقف .

الفـــــرع الثاني

" انتهاء الشخصيـــة المعنويـــة "

نتحدث هنا عن الأسباب العامة لانتهاء الشخصية المعنويـــة والتي تنطبق على كافة الأشخاص المعنوية، أما الأسباب الخاصـــة بانتهاء كل شخص معنوي على حده فإنه يمكن معرفتـــها بصـــدد دراسة كل نوع من أنواع الأشخاص المعنوية .

وانتهاء الشخص المعنوي بصفة عامة قد يتم اتفاقا، وقد يتـم قانونا كما يلي :

أولا : الانتهاء الاتفاقــي :

تنتهي الشخصية المعنوية بإرادة الأفراد في إحدى حـــالات ثلاث :

١- انتهاء المدة المحددة لبقاء الشخص المعنـــوي طبقـا لنظامـــه الأساسي.

٢- تحقيق الغرض الذي أنشئ الشخص المعنوي لتحقيقه، والمحدد بواسطة الأفراد.

٣- ثبوت استحالة تنفيذ الغرض الجماعي للشخص المعنوي .

ثانيا : الإنتهـــاء القانوني :

ويكون ذلك بحل الشخص المعنوي، وهذا الحل يمكن أن يتم بواسطة :

١-**المشرع نفسه :** حيث يتدخل صراحة ويقرر حـــل الشـــخص المعنوي، كما في حالة التأميم .

٢- **القضاء :** حيث يتدخل لحل الشخص المعنـــوي فـــي حـــالات محددة كمخالفته للنظام العام والآداب .

٣- **الإدارة:** فقد تقرر حل الشخص المعنوي أو سحب الاعـــتراف به.

كما ينتهي الشخص المعنوي بالإندماج سواء بالإنضمام إلـــى شخص معنوي آخر أو بالتجزئة إلى جماعات أصغر .

ويترتب على إنتهاء الشخصية الإعتبارية تصفيـــة أمـــوال الشخص المعنوي على النحو الذي سبق ذكره .

الفصـــل الثانــــي

" محــــــل الحــــــق "

إذا كان من اللازم نسبة الحق إلى شخص معين يستوي في ذلك أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا – على النحو السابق – فإنه من الضروري أيضا أن يكون للحق محل ينصب عليه، ويختلف محل الحق بحسب نوع الحق، إذ بينما ينصب الحق الشخصي على عمل أو امتناع عن عمل – أو إعطاء شئ – يقوم به المدين، فإن محل الحق العيني يكمن في الشيء الذي يمارس صاحب الحق سلطته عليه مباشرة .

ونظرا لسبق دراسة محل الحق الشخصي، فإننا نقصر الدراسة في هذا الفصل على محل الحق العيني وهو الشيء.

التفرقة بين المال والشيء :

كثيرا ما يقع الخلط بين كلمة " المال " وكلمة " الشيء " فمثلا نقول يملك زيد هذا المنزل" ، بل إن المشرع نفسه قد وقع في نفس الخلط دون أن يدري عندما نص في المادة ٨٧ من التقنين المدني على أن : " تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات ..... وذلك على الرغم من أن العقارات والمنقولات ليست أموالا وإنما

هي أشياء[١].

ويختلف المال عن الشيء في أن المال هو كل حق له قيمة اقتصادية أى قابلة للتقدير بالنقود، سواء أكان هذا الحق شخصيا أم عينيا أم معنويا، فالأموال إذن هى الحقوق المالية[٢] . أما الشيئ فهو محل هذا الحق.

والمال أعم من الشيئ لأن هناك بعض الأشياء التي لا تصلح أن تكون محلا للحق كالأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، وفي المقابل قد يوجد حق مالي دون شيء يرد عليه كالحق الشخصي والذي يعتبر مالا[٣].

---

(١) وذلك على الرغم من أن المشرع قد عنون الفصل الثالث من الباب التمهيدي للقانون المدني بعبارة: " تقسيم الأشياء والأموال"، أيضا فإن المادة ٨١ تدل على اعتناق المشرع المصري للتفرقة بين المال والشيء، هذا فضلا عن أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تقطع بأخذ المشرع بهذه التفرقة : انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ١ – ص ٤٥٧.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٢٩٠.

(٣) المال لغة يعني : ما يملكه الإنسان من كل شئ، وفي الاصطلاح الشرعي " كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به في العادة ". ومن ثم لا يعتبر الشيء مالا لدى الشرعيين إلا إذا أمكن إحرازه من ناحية، وأمكن الانتفاع به في العادة سواء كان

=====

ولعل الخلط الذي ساد بين المال والشيء مرجعه الخلط بين حق الملكية والشيئ الذي يرد عليه، نظرا لأن هـذا الحـق يمنـح صاحبه كافة السلطات الممكنة على الشيء ، مما جعل النظر إلـى حق الملكية والشيئ على أنهما وجهان لعملة واحدة .

ويشترط في الشيئ الذي يصلح محلا للحقـوق الماليـة ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته ومثال ذلك الهواء وماء البحـر، حيث لا يستأثر أحد بحيازتها بل ينتفع بها كل الناس(١).

==محرزا أوغير محرز من ناحية أخرى، أما ما لا يمكن حيازته فلا يعد مالا وإن انتفع به كالشرف والصحة، وكذلك ما يمكن حيازته دون أن يكون الإنتفاع بـه فـي العادة ممكنا كحفنة من تراب أو قطرة من ماء .

ومعنى الانتفاع به في العادة أن يرخص الشارع في الانتفاع بالشيئ علـى وجه معين حال السعة والإختيار وليس حال الإضطرار.

والمنافع لا تعد مالا لأنه لا يمكن حيازتها في نظر الحنفيـة، أمـا بـاقي المذاهب الشرعية فإنها تعتبر المنفعة مالا لأنها تحاز بحيازة أصلها ومصدرها.

وبالنسبة للحقوق فهناك من فقهاء المسلمين من يعتبرونها أموالا ومنهم مـن ينكر ذلك :

- في تفصيلات هذه النقاط وللمزيد من التفصيل حول معنى المال فـي الشـريعة الإسلامية راجع : الأستاذ على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية – الطبعـة الثالثة – دار الفكر العربي – ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) مادة ٢/٨١ مدني .

كما يشترط ألا يكون المال خارجا عـــن التعـــامل بحكـــم القانون[١]، ومثال ذلك الأشياء المملوكـــة للدولـــة أو للأشـــخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة للنفع العام بمقتضى قـــانون أومرسوم او قرار من الوزير المختص وتسمى بالأموال العامـــة، كالشوارع والطرق. وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بمضى المدة، وقد يخرج الشيء عن دائرة التعـــامل حيث يحرم القانون التعامل فيه ومثال ذلك المواد المخدرة، لأن في إجازة التعامل فيها خطورة على الجماعة .

وتنقسم الأشياء إلى عدة تقسيمات: فقد تكـــون عقـــارات أو منقولات كما قد تكون مثلية أو قيمية، وهناك أشياء قابلة للاستهلاك وأخرى غير قابلة للإستهلاك، وسنخصص مبحثا لكل نوع من هـــذه التقسيمات :

---

(١) مادة ٢/٨١ مدني .

المبحـــث الأول

" العقــارات والمنقـــولات "

تنقسم الأشياء بحسب ثباتها أو عدم ثباتـــها إلـــى عقـــارات ومنقولات، وهذا هو أهم تقسيم للأشياء حيث يرتب آثارا قانونيـــة هامة .

وسوف نعرف العقار والمنقول ونبين أنواع كل منهما، ثـــم نوضح أهمية التفرقة بينهما، ولذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلـــــب الأول

" تعريف العقارات والمنقولات وأنواعها "

عرفت المادة ١/٨٢ العقار حيث قـــالت أن " **كــل شـــيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فـــهو عقـــار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهومنقول** ".

وهكذا فإن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكـن نقله منه دون تلف يعتبر عقارا ومثال ذلك المنزل، الأرض ...الخ .

بينما يعتبر كل شيء غير مستقر بحيزه وغير ثـــابت فيـــه ويمكن نقله منه دون تلف، منقولا كالسيارة .

أنواع العقارات :

تنقسم العقارات إلى نوعين هما :

١-**عقارات بطبيعتها:** وهى التي ينطبق عليها التعريف السابق، بحيث تشمل كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وذلك سواء أكان كذلك بحسب الأصل أم بفعل الإنسان .

فالأراضي والمباني والأشجار تعتبر عقارات بطبيعتها لأنها ثابتة مستقرة لا يمكن نقلها من مكانها دون أن تتعرض للتلف.

٢- **عقارات بالتخصيص :** ويقصد بها " **المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله**"(١).

فالعقار بالتخصيص هو منقول بحسب الأصل، إلا أن صاحبه قد خصصه لخدمة عقار يملكه كالماشية والآلات التي تستخدم في الزراعة إن كانت مملوكة لمالك الأرض، وقطع الأثاث الموجودة في الفنادق والمطاعم، ومثال ذلك أيضا الشبابيك المثبتة بالمبنى وكذا الأبواب التي تم تركيبها بالمبنى .

ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ما يلي :

---

(١) مادة ٨٢ / ٢ مدني.

١- أن يوجد عقار بطبيعته ومنقول بطبيعته .

٢- أن يخصص المنقول لخدمة أو استغلال العقار وليس لخدمة صاحب العقار : يجب أن تتجه إرادة مالك المنقول إلى الحاقه بالعقار لخدمته أو لاستغلاله ، وذلك بوضع المنقول في العقار فعلاً، ولكن لا يشترط وضع المنقول في العقار وضعاً مادياً بل المقصود هو أن يلحق المنقول بخدمة العقار بحيث يخصص لخدمته وليس لخدمة صاحبه ، فالدواب التي يخصصها صاحب الأرض لركوبه لا تعد عقارا بالتخصيص، كذلك فإن أثاث المنزل لا يعتبر عقارا بالتخصيص لأنه مخصصا لخدمة من يسكن المنزل وليس لخدمة المنزل نفسه، أما إذا كان المنقول مخصصا لخدمة العقار ويستخدمه صاحبه في تنقلاته فإن ذلك لا يمنع من اعتباره عقارا بالتخصيص، ويجب ألا يكون التخصيص عرضيا.

٣- ويجب ثالثا أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد، فمثلا لا تعد عقارا بالتخصيص المنقولات التي يضعها المستأجر، أو تلك التي يستأجرها مالك العقار ويخصصها لخدمة عقاره(١).

---

(١) د. على نجيدة : المرجع السابق – ص ٢٦٥ .

وإذا ما اعتبر المنقول عقارا بالتخصيص، فإنه لا يجوز الحجز عليه مستقلا عن العقار الذي خصص له، فضلا عن أن بيع العقار يشمله دون حاجة إلى شرط خاص[١].

وتزول صفة العقار بالتخصيص عن المنقول بإرادة المالك نفسه .

أنواع المنقولات :

تنقسم المنقولات كذلك إلى منقولات بطبيعتها، ومنقولات بحسب المآل على النحو الآتي :

١- المنقولات بطبيعتها :

وهى كل الأشياء غير المستقرة والتي يمكن نقلها من مكانها دون أن يصيبها تلف.

وقد تكون المنقولات مادية : كالملابس والكتب والبضائع والسيارات، وقد تكون معنوية كالمؤلفات والاختراعات والعلامات التجارية . والمنقولات المادية وحدها هى التي تصلح محلا للحقوق العينية .

---

(١) د. الصدة ، د. الصباحي : المرجع السابق – ص ٢٦٨.

٢- المنقولات بحسب المآل :

وهى تلك العقارات التي ستصبح منقولات في وقت قريب أى أنها عقارات بطبيعتها بحسب حالتها الراهنة ولكنها ستصبح منقولات مآلا أى مستقبلا. ومثال ذلك الثمار والحاصلات قبل جنيها أو حصدها والأشجار التي يراد اقتلاعها، والمباني المعدة للهدم.

ويشترط لاعتبار العقار منقولا بحسب المآل ما يلي :

أ - أن تتجه إرادة المالك إلى فصل الشيء عن الأرض بصورة جدية، فلا يكفي مجرد النية .

ب - أن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع في وقت قريب، ومحكمة الموضوع هى التي تقدر ذلك .

ويترتب على اعتبار العقار منقولا بحسب المآل أن تسري عليه أحكام المنقول .

المطلب الثاني

" أهمية التفرقة بين العقار والمنقول "

يرتب المشرع على التفرقة بين العقار والمنقول نتائج هامة أهمها ما يلى :

١- تخضع التصرفات الواردة على العقارات لنظام الشهر العقاري، فيشترط تسجيلها أو قيدها، أما المنقولات فلا تخضع

لهذا النظام باستثناء بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالسفن والطائرات .

٢- إذا حاز شخص عقارا بسبب صحيح (عقد بيع مثلا) وحسن نية فإنه لا يكتسب ملكيته إلا إذا استمرت حيازته خمس سنوات، أما حيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح فإنها تكسب ملكيته في الحال ويعبر عن ذلك بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية ".

٣- العقارات فقط هى التي يحميها القانون بدعاوي الحيازة، وهى التي تكون محلا للرهن الرسمي ولحق الاختصاص.

٤- لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا بالنسبة للعقارات دون المنقولات.

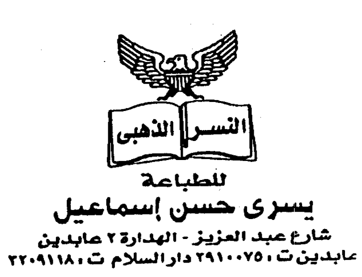
٥- تختلف إجراءات التنفيذ الجبري على العقارات عن إجراءات التنفيذ الجبري على المنقولات، فالأولى إجراءاتها طويلة ومعقدة .

٦- لا يعتبر عملا تجاريا إلا ما تعلق بالمنقول، لأن التجارة تقتضي السرعة واليسر.

٧- يتحدد الإختصاص القضائي بالنسبة للعقارات بالمحكمة التي يقع في دائرتها العقار، أما بالنسبة للمنقولات فإن محكمة موطن المدعي عليه هى التي تختص بما يرفع بشأن المنقولات من دعاوي .

فهرســــــــت

رقم الإيداع : ٢٠٠٢/٥٨٠٦
الترقيم الدولى I.S.B.N.
977-04-3755-7



للطباعة
يسرى حسن إسماعيل
شارع عبد العزيز - الهدارة ٢ عابدين
عابدين ت ٢٩١٠٠٧٥، دار السلام ت ٢٢٠٩١١٨٠